

法政大學講義録

著者	清水 澄, 梅 謙次郎, 鈴木 英太郎, 横田 秀雄, 谷野 格
出版者	法政大學
巻	1-33
ページ	1-67
発行年	1904-09-01
URL	http://hdl.handle.net/10114/5621



(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月十四日、十五日、十六日、十七日、十八日、十九日、二十日、二十一日、二十二日、二十三日、二十四日、二十五日、二十六日、二十七日、二十八日、二十九日、三十日發行

三十七年度

明治三十七年九月一日發行

第一學年ノ三十三

法政大學講義録

第四百號



法政大學發行

第一學年第三十三號目次

憲

法 (自三二二) (至三二二) (元)

法學士 清水

澄

表紙及目次 一八頁

民法總則

自第一章 (自三七七) 至第三章 (至三九六)

法學博士 梅

謙次郎

民法總則

自第四章 (自二二五) 至第六章 (至二二五)

法學士 鈴木

英太郎

民法債權

第一章第四節 (自一八五) 及第五章第五節 (至二〇四) (元)

法學士 橫田

秀雄

表紙及目次 八頁

刑法

總論

(自一八五) (至二二八)

法學士 谷

野格

雜報

○「レシートリスイ」就事件ノ辯明

090
1904
1-1-33

第三說

此說ノ要點ハ法律ノ實質ヲ裁判官ニ於テ審査スルコトヲ得トセハ裁判官ハ法律ヲ適用スルニ非スシテ立法ヲ監督スルモノナリト云フニ在リ然レトモ裁判所ハ真正ナル法律ヲ適用スルノ任務ヲ帶フルヲ以テ其正當ナル法律ナリヤ否ヤヲ審査スルモノニシテ之ヲ以テ立法權ニ干涉スルモノト謂フコトヲ得ス

右述ヘタル三說ハ凡テ之ヲ採用スルコトヲ得ス而シテ此問題ニ對シテハ裁判官ハ法律ノ實質ニ對シテモ審査權ヲ有スルモノト論結スヘキナリ蓋シ實質上ノ審査ハ真正ノ法律ナリヤ否ヤヲ見ルニ外ナラスシテ其法律ヲ違憲ト認メタルトキ適用ヲ爲ササルハ恰モ後法ニ牴觸シタル前法ヲ適用セサルニ同シケレハナリ又己ニ多數學者ノ如ク其形式ニ於テ之ヲ審査スルコトヲ認ムル以上ハ形式ト實質トノ間ニ區別ヲ立テ形式ニ審査シ得ルモ實質ハ審査スルコトヲ得スト説タハ予輩ハ其根據ヲ發見スルニ苦ミ者ナリ

第五 裁判官ハ命令ノ審査ヲ爲スルコトヲ得ルヤ

普通西憲法第百六條ニ於テ「法律ニ從ヒ公布シタル勅令ハ違憲スベキヤ否

憲法 統治權ノ作用 司法 裁判官

憲

法終

八起并ノ實實又該臣官ニ就テ審査スルニイテ詳イテハ該

法學士 清水 澄 講述

憲

法

法政大學發行

憲法目次

第一編 總論

第一章 國家

第一節 國家ノ意義

第二節 國家ノ地位

第三節 國家ノ要素

第四節 國家ノ目的

第五節 國家ト人格

第二章 憲法

第一節 帝國憲法成立ノ歴史

第二節 公法上憲法ノ地位

第三節 憲法ト行政法

第四節 憲法ノ意義

第五節 憲法ノ種類	一七
第六節 憲法ノ改正	二〇
第七節 憲法ノ解釋權	二四
第八節 憲法ノ形式の效力	二六
第九節 立憲君主政體	三二
第十節 憲法ノ法源	三四
第二編 統治權ノ主體	三六
第一章 統治權ノ性質	三六
第二章 君主國	三九
第三章 統治權ノ主體トシテノ天皇ノ地位	四一
第四章 自然人トシテノ天皇ノ特權	四三
第一節 天皇ノ不可侵權	四三
第二節 榮譽權	四五
第三節 天皇ノ財産上ノ特權	四六

第四節 皇室ニ首長タルノ權	四七
第五章 皇位繼承	五五
第一節 皇位繼承ノ性質	五五
第二節 皇位繼承發生ノ時期	五八
第三節 皇位繼承資格ノ要件	五九
第四節 皇位繼承ノ順序	六〇
第五節 胎中皇子	六二
第三編 統治權ノ客體	六四
第一章 領土	六四
第一節 領土最高權	六六
第二節 領土變更	六七
第一款 領土變更ノ手續	六七
第二款 領土變更ノ結果	六九
第一項 領土變更ノ國籍ニ及ボス結果	六九

第二章 臣民
第七〇 領土變更ノ法令ニ及ボス效果

第一節 國籍
七一

第一款 國籍ノ性質
七一

第二款 國籍ノ取得
七二

第一項 出生
七二

第二項 認知
七二

第三項 婚姻及ヒ縁組
七四

第四項 歸化
七五

第五項 國籍ノ回復
七七

第六項 勅裁
七七

第七項 國籍ノ選擇
七八

第三款 國籍ノ喪失
七八

第二節 臣民ノ義務
八〇

第一款 服從ノ義務
八〇

第二款 忠實ノ義務
八四

第三節 臣民ノ權利
八四

第一款 臣民ノ權利ノ分類
八五

第二款 憲法ニ依リテ保障セラレタル權利
八六

第一項 均シク公務ニ就クノ權
八六

第二項 居住及ヒ移轉ノ自由權
八九

第三項 身體ノ自由權
九二

第四項 法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權
九五

第五項 住所ノ安全權
一〇一

第六項 信書ノ秘密ヲ保ツノ權
一〇三

第七項 所有權不可侵權
一〇六

第八項 信教ノ自由權
一〇九

第九項 意思發表ノ自由權
一一〇

第十項 集會及結社ノ自由權	一一二
第十一項 請願ノ自由權	一一三
第十二項 法律ニ依ラザレハ兵役及ヒ納税ノ義務	一一六
第十三項 服セタルノ義務	一一四
第三款 憲法第二章ノ例外ノ場合	一一五
第一項 戰時又ハ國家事變ノ場合	一一五
第二項 陸海軍ノ軍人	一一八
第四節 臣民ノ特別階級	一一九
第一款 皇族	一一九
第一項 皇族ノ範圍	一一九
第二項 皇族ノ特權	一二一
第二款 華族	一二五
第四編 憲法上ノ機關	一二六
第一章 總論	一二六

第二章 攝政

第一節 攝政ノ地位	一二九
第二節 攝政ノ就職	一二九
第三節 攝政ノ資格及ヒ順序	一三一
第一款 攝政ノ資格要件	一三三
第二款 攝政就任ノ順序	一三七
第四節 攝政ヲ設置スル場合	一三九
第五節 攝政ノ權限及ヒ責任	一四二
第一款 攝政ノ權限	一四二
第二款 攝政ノ責任	一四四
第六節 攝政ノ終了	一四七
第一款 攝政絕對ニ不用ト爲リタル場合	一四七
第二款 攝政變更ノ場合	一四九
第七節 監國	一五二

第三章 國務大臣

第一節 國務大臣ノ地位	一五三
第二節 國務大臣ノ資格要件	一五四
第一款 國務大臣ト皇族	一五五
第二款 國務大臣ト帝國議會ノ議員	一五五
第三款 國務大臣ト行政長官	一五六
第四款 國務大臣ト文官任用令	一五七
第五款 國務大臣ト歸化人	一五八
第三節 國務大臣ノ權限	一五八
第四節 國務大臣ノ副署	一五九
第一款 副署ト補弔	一五九
第二款 副署ノ形式	一六〇
第三款 副署事項	一六一
第四款 國務大臣ノ副署ノ拒絕	一六二

第五節 國務大臣ノ責任

第一款 責任ノ性質	一六四
第二款 責任ト副署	一六五
第三款 國務大臣ノ責任ト議會	一六六
第四款 國務大臣ノ責任ト憲法	一六七

第四章 帝國議會

第一節 帝國議會ノ地位	一六九
第二節 二院制	一七三
第三節 貴族院ノ組織	一七七
第一款 貴族院ノ要素	一七七
第二款 貴族院議員ノ選舉	一七九
第一項 伯子男爵議員ノ選舉	一七九
第二項 多額納稅者議員ノ選舉	一八一
第四節 衆議院ノ組織	一八二

第一款 選舉ノ種類	一八二
第一項 直接選舉及ヒ間接選舉	一八三
第二項 普通選舉及ヒ制限選舉	一八四
第三項 多數代表ノ選舉及ヒ小數代表ノ選舉	一八七
第二款 選舉ノ手續	一九六
第三項 選舉人名簿	一九六
第四項 選舉區及ヒ議員ノ配當	一九九
第五項 投票	二〇三
第六項 選舉ノ機關	二〇八
第七項 當選人	二一四
第八項 選舉訴訟當選訴訟	二一五
第三款 被選人ノ資格要件	二一六
第四節 帝國議會ノ議員	二一九
第一款 議員ノ權利	二一九

第二款 議員ノ義務	二二一
第三款 議員ノ關係消滅	二二一
第六節 議長及ヒ副議長	二二二
第七節 議會ノ召集	二二三
第八節 帝國議會ノ開會	二二四
第九節 議會ノ閉會	二二四
第十節 議會ノ停會	二二五
第十一節 議會ノ休會	二二七
第十二節 衆議院ノ解散	二二八
第十三節 議會ノ權限	二二九
第十四節 議會ノ權能	二三〇
第十五節 議院ノ權能	二三一
第十六節 議會ニ對スル政府ノ關係	二四七
第十七節 議院ノ議事ノ手續	二五〇

第一款	議案	二五〇
第二款	議事日程	二五一
第三款	委員會	二五二
第四款	定足數	二五四
第五款	決議	二五五
第五編	統治權ノ作用	二五六

第一章 大權作用

第一節	官制ノ制定	二五六
第二節	陸海軍ノ統帥	二五七
第三節	陸海軍ノ編制及ヒ常備兵額ヲ定ムル事	二五七
第四節	條約ノ締結	二五八
第一款	條約ノ締結權	二五八
第二款	條約ノ效力	二六〇
第三款	條約ノ執行	二六三

第五節	宣戰媾和	二六七
第六節	戒嚴ノ宣告	二六八
第七節	文武官ノ任免及ヒ其俸給ノ確定	二六九
第八節	榮典ノ授與	二七〇
第九節	恩赦	二七一
第十節	命令ノ制定	二七二
第一款	貴族院令	二七二
第二款	緊急勅令	二七三
第三款	執行命令	二七四
第四款	委任命令	二七五
第五款	大權命令	二七六
第六款	行政命令	二七七
第二章	立法	二七九
第一節	立法ノ意義	二七九

第二節 立法ノ手續	二八〇
第一款 法律ノ發案	二八〇
第二款 法律案ノ議決	二八一
第三款 法律ノ裁可	二八一
第四款 法律ノ公布	二八二
第五款 法律ノ施行期限	二八三
第三節 立法事項	二八五
第四節 法律ノ形式の效力	二八五
第五節 法律ノ廢止	二八七
第六節 法律適用ノ停止並ニ免除	二八八
第三章 豫算ノ編制	二八九
第一節 豫算ノ性質	二八九
第二節 豫算ノ成立	二九四
第一款 豫算案ノ提出	二九四

憲法

第二款 豫算案ノ議定	二九五
------------	-----

第三款 豫算ノ裁可	二九六
-----------	-----

第三節 豫算議定ノ範圍	二九七
-------------	-----

第四節 豫算ノ效力	二九九
-----------	-----

第一款 歳入ニ對スル效力	二九九
--------------	-----

第二款 歳出ニ對スル效力	三〇〇
--------------	-----

第五節 豫算ノ超過及ヒ豫算外ノ支出	三〇一
-------------------	-----

第六節 豫算ノ不成立	三〇二
------------	-----

第四章 司法	三〇三
--------	-----

第一節 司法ノ意義	三〇三
-----------	-----

第二節 裁判所ノ構成	三〇三
------------	-----

第三節 裁判官	三〇四
---------	-----

第一款 裁判官ノ地位	三〇四
------------	-----

第二款 裁判官ノ法令審査權	三〇五
---------------	-----

二六

終

三七七

取ツテ居ッタ、此主義ハ幾分カ前ノ主義ヨリモ實際ニ於テハ宜シイ、即チ期間ガ満了シテカラ後失踪ノ宣告ヲ爲スマデノ時期ニ付テハ裁判所ノ勤怠其他ノ理由ニ因ツテ或ハ後レルコトガアリマスケレドモ期間満了ノ日ハ幾分カ裁判所ノ勤怠等ノ結果ヲ受クルコトガ少イト云フコトカラ第二ノ主義ヨリハ幾分カ弊ハ少イ、併ナガラ矢張り失踪ノ宣告ノ請求ト云フモノヲシナケレバ公示催告ト云フモノハアリマセスカラ其請求ヲ爲スニ付テ不公平ト云フコトハサツキ申上ゲタ通リデアル、其上ニ理論カラ言フト是ガ最モ據リ所ガ少イデアラウト思フ、失踪ノ宣告即チ死亡ノ推定ト云フモノハ裁判所ノ裁判ニ依テ定マルト云フ理論カラ言ヘバ第二ノ論ハ洵ニ間然スル所ノナイヤウニ思ヘルケレドモ公示催告期間満了ノ日ト云フノニソレ程ノ據リ所ハナイ、成程其期間ガ満了シタト云フ以上ハ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲシナイト云フ譯ニハイカヌ、裁判所ハ是ニ因ツテ羈束セラルルト云フコトハアルケレドモ、併シソレヲ言ヘバ寧ろ法律ニ定メタル條件ガ具ハリ即チ原則トシテ七年例外トシテ三年ト云フヤウナ其期間ガ満了スレバ當然失踪ノ宣告ヲシナケレバナラス、公示催告ハ唯一ノ手續ニ過デヌ、詰

リ生死ガ不分明デアルト云フケレドモ公示催告ヲ爲シテ見スト云フト果シテ生死ガ不分明デアルカドウカ分ラスト云フガ爲メニ此公示催告ヲ爲スノデアル成程第三十條ニハ「失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」トアルカラ裁判所ハ期間ガ満了シテモ失踪ノ宣告ヲシナクシテモ宜イカト云フ疑ヲ起ス者ガアルカモ知レヌガ法律ニ裁判所ガ「何ヲ爲スコトヲ得」ト書イテアルノハ詰リ裁判所ノ職務ヲ定メタモノデ、ソレガ必要ガアレバソレヲシナケレバナラスノデアアル、事柄ノ性質ニ依ツテ（後ニ論ズベキ能力ニ關スル規定ナドニ於テモ矢張り同様デスガ）「得」ト書イテアツテモ職務上ソレヲシナケレバナラス場合ガアルシ、又裁判所ノ見込ニ因ツテ選擇シナケレバナラス場合ガアル、所ガ失踪ノ場合ノ如キハチャント生死不分明七年以上トカ三年以上トカ定メテアツテ其條件ガ具ハテ居レバ裁判官ガ斟酌ヲ爲ス餘地ハナイ、斯ウ云フ場合ニハ苟モ利害關係人ノ請求ガアル以上ハ而シテ法律上ノ條件ガ總テ具備シテ居ルト云フコトヲ認メタ以上ハ是非宣告ヲシナケレバナラス、サウスレバ羈束セラルルト云フ方カラ云ヘバ寧ろ法律上ノ條件ノ具備シタルトキト謂ハナケレバナラス、此公示催告期間満

了ノ日」ト云フノハ理論カラ言フテ見テモ、實際カラ言フテ見テモ最も據リ所ガ少イ、是ハ無論我民法ノ採用シナイ所デアアル
終ニ第四ノ主義ハ即チ期間滿了ノ日——七年トカ三年トカ生死不分明ノ期間滿了ノ日ト云フノデアアル、此主義ヲ採用シテ居ルノハ獨逸民法施行前ニ於テハ「サタセン」民法、ソレカラ瑞西「ユーリヒ」民法、即チ「ブルンチュリ」ノ起草シタル民法、ソレカラ現行ノ獨逸民法、第一草案ニハ第二ノ主義ガ取ツテアツタケレドモ第二章案以後ニ於テハ矢張り此主義ヲ取ツタ、尤モ獨逸ハソレガ原則デアツタ、其外ニ例ヘバ裁判所ガ特ニ死亡ノ日ヲ定メタル場合ニハ其日トカ其他種種ノ例外ガアリマスケレドモ詰リ原則ハ期間滿了ノ日」ト云フコトニナツテ居ル、新民法ニ於テモ此主義ヲ取ツタ、其理由ハドウデアアルカト云フト、理論ニ於テモ是ハ説明ガ出來ル、詰リ法律ガ此期間滿了スルマデハ死亡シタモノト看做サス、裏面カラ言ヘバソレマデハ生キテ居ルモノト看做スト云フノデアアル、サウスレバ期間ガ滿了シタトキニ死亡シタモノト看做スト云フノハ理論ニ於テモ十分説明ノ出來ルコトデアアル、實際ニ於テモ民法ハ七年又ハ三年ノ法定ノ期間ヲ過グレバモ

一 死シタモノト看ルト云フノデスカラ、即チイツ死シタト云フコトハ明カデナイガ其期間ヲ過ギタ者ハ總テ死シタモノト看ル、サウスレバ彼ノ最後ノ音信ノ日ト云フガ如ク確ニ生キタ時ヲ死シタ時ト看做スト云フノト違フタ稍ヤ事實ニモ近タナツタ來ルノデアアル、況ヤ實際ノ弊害ノ方カラ言フト是ニハ弊害ノアリヤウガナイ、如何ニ早ク失踪ノ宣告ヲシテモ如何ニ遅ク失踪ノ宣告ヲシテモ同じコトデアアル、詰リ生死不分明ノ期間ガ七年以上デアアルカ又ハ三年以上デアアルカト云フコトニ止マル、サキノ例ノ如ク長男ガ早ク失踪ノ宣告ヲサシテ見タ所ガ矢張り自分ガ相續人デアアル、次男ガ幾ラ遅ク失踪ノ宣告ヲサシテ見タ所ガ矢張り長男ガ相續シタト云フコトニ法律上ナツテ居ツタ、從テ長男ガ遺言ヲシテ置イタナラバ有效デアアルト云フコトニナルカラ少シモ弊害ガナイ、故ニ立法上ニ於テハ是ガ一番穩當ナル主義ガアルト云フノデ獨逸民法ニ於テモ採用致シマシタガ、我民法ニ於テモ採用シタ、即チ今ノ三十一條ニ、前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做スト云フアル
以上ニテ失踪ノ效力ヲ説キ終リマシタ

是ヨリ失踪ニ關スル第三ノ點失踪ノ取消ノ御話ヲ致シマス

失踪ハ死亡ノ推定デアルト云フコトハ既ニ申上グマシタガ、併シ是ハ一ノ推定ニ過ギスノデアアルカラ實際生存シテ居ル者ヲ失踪者トシテ宣告スルコトモアリ、又ハ失踪ノ宣告前風ニ本人ガ死亡シテ居ラタト云フ證據ガ後日ニ於テ現ハルルコトモアル、此等ノ場合ニ於テハ失踪ノ宣告ハ如何相成ルモノデアアルカト云フコトガ問題デアアル、外國ノ多クノ例ニ於テハ是ハ事實問題デ實際失踪ノ宣告ガ事實ニ合ハナイ、即チ或ハマダ生存シテ居ル、即チ失踪ノ宣告ノ時ニハマダ死シテ居ラナカッタ、從テ現ニ生存シテ居ルカ、又ハ今ハ既ニ死亡シテ居ルトシテモ失踪ノ宣告後ニ死亡シタト云フ證據ガ明カナル場合若クハ其反對デ失踪ノ宣告前ニ既ニ死亡シテ居ラタト云フコトノ證據ガ現ハル、此等ノ場合ニ於テハ失踪ノ宣告ハドウナルデアラウカト云フコトハ多數ノ立法例ニ於テハ唯事實問題デアアル、反對ノ事實ガ現ハレバ失踪ノ宣告ハ自ラ效力ヲ失フノデアアルト云フコトニナツテ居ル、ケレドモ之ニ對シテハ隨分反對論ガアツテ、第一失踪ノ宣告ガ事實ニ違ウテ居ルト云フコトハ法律上イツ明カニナルノデアアルカ、當事者間

ニ爭ノアル場合ニ於テハ勢ヒ裁判所ヲ煩ハサナケレバナラヌ、併ナガラ普通ノ裁判ニ於テハ其效力ハ當事者間ニ止マルノデアアルカラ、甲ナル者ガ失踪ノ宣告ヲ受ケテ、ソレニ對シテ乙ナル者ガ其宣告ガ誤ラ居ルト云フコトヲ主張スル、或ハ甲自身ガ其事ヲ主張スル、併ナガラ現ニ失踪者ノ財産ヲ占有シテ居ル所ノ丙ニ向テ之ヲ主張スルト云フトキニハ假ニ裁判デ以テ宣告ニ違ウテ居ルト云フコトヲ認メラレテモソレハ甲又ハ乙ト丙トノ間ニ於テノミ定マルノデアアル、若シ丁ガ出テ來ルト矢張り失踪ノ宣告ト云フモノガ效力ヲ持テ居ルト云フコトデハ困ルノデアアル、去レバト云テ失踪ノ宣告ガ消滅シナイ以上ハ或訴訟ニ於テ反對ノ事實ガ認メラレテモソレハ當事者間ノ問題デアアルト謂ハナケレバナラヌノデアアル、ソレ故ニ寧ロ失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノヲ形式的ニ裁判所ニ於テ爲スト云フコトガ必要デアアル、就中理論ニ於テモ一旦國家ガ或人ヲ死亡者ト認ムルト云フ宣告ヲシタ以上ハ、而シテソレハ或時期ニ於テ死亡シタル者ト認ムト云フコトニ定ラタノデアアルガ、其裁判ガ事實ト違ウテ居ルト云フナラバ矢張り同一ノ形式ヲ以テ前ノ裁判ヲ取消シテ事實ヲ明カニスルト云フ方ガ宜シイ、

サウスレバ此取消ナルモノハ丁度失踪ノ宣告ガ一切ノ人ニ對シテ效力ヲ有スルガ如ク取消モ亦一切ノ人ニ對シテ效力ヲ生ジマスカラ是ニ因テ前ノ宣告ガ誤ラ居ルト云フナラバ此宣告ガ全ク無効ニ歸シテ仕舞フノデアル、只今申上ダクヤウナ不都合ハナイ、此理論カラシマシテ我民法ニ於テハ失踪ノ宣告ハ其取消ガナケレバ效力ヲ失ハナイト云フコトニナツテ居ル、立法論トシテハ私ハ大ニ疑ヲ持ツテ居ルケレドモ兎ニ角サウ云フ理論デ我民法ハ規定シテ居ル

第三十二條

失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異ナル時

ニ死亡シタルコトハ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求

ニ因リ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス

此取消ハ果シテ如何ナル效力ヲ有スルカ中ニ就テ此取消ガ既往ニ遡ラテ效力ヲ持ツカ又ハ將來ニ向ツテノミ其效力ヲ有スルカト云フコトガ問題デアル、將來ニ於テ失踪ノ宣告ガ取消ニ因ツテ全ク其效力ヲ失フコトハ是ハ疑ガナイガ、單ニ將來ノミニ止マルカ、又ハ既往ニ遡ルカト云フト之ニ付テハ法律ニ何等ノ規定モアリマセヌカラ從テ多少ノ疑ヲ生ズルノデスガ私願フニ是ハ原則トシテ既往

ニ遡ルノデアル、取消ト云フモノハ時トシテ既往ニ遡リ、時トシテ將來ニ向ツテノミ效力ヲ生ズルノデアル、例ヘバ法律行為ノ取消ノ如キハ原則トシテ既往ニ遡ルト云フコトガ規定シテアル(第一二一條、其他ノ場合ニ於テハ取消ガ如何ナル效力ヲ有スルカト云フコトハ特ニ定メテハナイ、例ヘバ夫ガ妻ノ法律行為ニ關スル許可ヲ取消スト云フコトガアル、或ハ未成年者ノ法定代理人ガ其未成年者ノ或營業ヲ爲スコトヲ許可シテ後ニ其許可ヲ取消スト云フコトガアル、即チ民法第六條及ビ第十六條、ソレカラ法人ノ許可ヲ取消ト云フモノガアル、是ハ第六十八條第一項ノ第四號及ビ第七十一條、此等ノ取消ハ疑モナク將來ニ向ツテノミ其效力ヲ生ズル、是ハ多分議論ハ起ルマイト思フ、是マデ起ツタト云フコトヲ聞カズ又起ルベカラザルコトデアル、ソレ故ニ取消ト申セバ必ズ既往ニ遡ルトカ又ハ既往ニ遡ラストカ云フコトハ申サレナイ、其場合ニ依ツテ違フ、失踪ノ取消ニ付テモ何等ノ特別規定ハナイ、サウシテ見ルト是ハ其場合ノ性質ヲ考ヘナケレバナラス、失踪ノ取消ガ效力ヲ既往ニ遡ラシメナイト云ヘバ非常ナ結果ヲ生ズル、先ヅ現ニ生キテ居ル者ガ誤ツテ失踪ノ宣告ヲ受ケタトキニハ假令後日

其取消ヲ爲シテモソレマデハ死亡シタル者ト法律上看做サルルト云ヘバ假ニ民法上ノミカラ觀察シテモ其者ノ爲シタル一切ノ法律行爲ハ無効デアアルト謂ハナケレバナライ、即チ法律上人格ノ無イ者既ニ死亡シタル者デアアルカラ、ソレガ或法律行爲ヲ爲スト云フコトハ出來ヌ管デアアル併シ生キテ居ルノデスカラ盛ニ法律行爲ヲ爲スデアラウト思フ、ソレガ皆無効ニ爲ルト云フコトデアアルナラバ非常ナコトデ、ソナコトガアルナラバ特ニ規定ガナケレバナラス、規定ガナケレバサウ云フ結果ヲ惹起スベキ管ハナイ、尙ホ民法ノ明文ニ依ッテモ略ボ立法者ノ意思ヲ推測スルコトガ出來ル、ソレハ總テ説明スベキ所ノ第三十二條第一項ノ但書及ビ第二項ノ規定デアアル、ソレデ兎ニ角私ハ此失踪ノ取消ハ原則トシテ既往ニ遡ルノデアアツテ、一旦ハ死亡ノ推定ヲ生ジテ居ッタケレドモ其推定ハ取消ニ因ッテ消滅スルノデアアルト、斯ウ考ヘルノデアリマス、其結果ハドウデアアルカト云フニ先ヅ失踪者ガ失踪宣告ノ後爲シタル一切ノ法律行爲ハ有效デアルト云フコトデアアル、尙ホ他人ガ失踪者ヲ既ニ死亡シタル者ト看做シテ爲シタル所ノ法律行爲又ハ其原因ニ由ッテ得タル所ノ財産等ハ本來云ヘバ總テ元ニ復

セナケレバナラス、即チ失踪者ガ現ニ生キテ居ルナラバ他ノ者ガ失踪者ノ財産等ニ付テ爲シタル法律行爲ハ效力ヲ生ズルコトハ出來ヌ、ソレカラ失踪ノ宣告ノ結果ニ因ッテ他人ガ失踪者ノ財産ヲ取得シタナラバ其財産ハ全部失踪者ニ還サナケレバナラス、否當然其財産ハ失踪者ノモノデアアルト、斯ウ謂ハチバナラス、私ハ矢張り原則ハサウデアアルト、云フテ宜カラウト思フ、唯法律ニ於テハ善意者ヲ保護スル爲メニ種種ノ規定ヲ設ケテ居ル、先ヅ第一ニハ善意者ガ爲シタル法律行爲ハ有效デアアルト云フコトニナツテ居ル、即チ第三十二條第一項ノ但書ニマデハ、但、失踪ノ宣告後、其取消前ニ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セ、此結果ト致シマシテ例ヘバ失踪者ノ相續人が正當ニ相續ヲシタト思ッテ相續財産ヲ他人ニ讓ル其地上權抵當權ノ如キ物權ヲ設定スル、又ハ之ニ付テ貸貸借契約ノ如キ契約ヲ結ブト云フヤウナ行爲ヲ爲ス、此等ノ行爲ハ理論カラ言フト相續人ニ非ザル者ガ爲シタル行爲デスカラソレハ失踪者ニハ對抗ガ出來ナイ管デアアルガ、ソレデハ實際困難ルカラ善意ニシテ爲シタモノナラバソレハ矢張

リ法律上有效トスルト云フコトデアル矢張り此規定ノ結果ト致シヤシテ是ハ明文ノアツタ方ガ猶ホ宜イカモ知レマセヌガ我邦ニハ明文ガアリマセヌガ多分ハ疑ハナカラウト思フ失踪者ノ配偶者——夫デアラウトモ妻デアラウトモ其配偶者ガ失踪者ハ死亡者ト看做サルルカラ續寡ニナラズ積リデ他ノ者ト再婚スルツレカラ後ニ前ノ配偶者ガ歸ラ來ルト云フヤウナ場合ニ於テモ荷モ善意ニテ第二ノ結婚ヲ爲シタナラバ其婚姻ハ有效デアル法律上重婚ト看做サルルト云フコトモナシ詰リ絶對ニ有效デアルト謂ハナケレバナラスト思ヒマス唯此善意ヲ以テ爲シタル行爲ト云フノハ當事者ガ二人以上アル場合ニ於テ——而シテ通常ハ二人以上アル契約ニ於テモ二人以上アル今ノ婚姻ノ如キモ亦矢張り身分上ノ契約デアルト思フカラ矢張り二人以上アルサウ云フ場合ニハ一方ガ善意デ他ノ一方ガ惡意デアルトキニハドウナルデアラウカト云フ疑ガアル法文ニハ單ニ「善意ヲ以テ爲シタル行爲トノミアル私ハ此解釋トシテハ荷モ當事者ノ一方ガ善意デアレバ此但書ガ嵌ル即チ其效力ヲ變セス」デ是ニ對シテハ失踪ノ取消ガ其效力ヲ及ボサスト思フサウナケレバ善意者ガ意外ノ損害ヲ被ムル

恰モソレヲ避クルガ爲メニ此但書ノ規定ガアル第二ニハ失踪ノ宣告ニ因テ財產ヲ得タル者ソレハ重モニ相續人ソレカラ又若シ失踪者ガ失踪前ニ既ニ遺言ヲ爲シテ置イタナラバ其遺言ニ因テ財產ヲ得タル者即チ受遺者其他或人ノ死亡ニ因テ財產ヲ得ベキ者ガアレバソレヲ含ムガ要スルニサウ云フモノハ如何ニスベキカト云フト第三十二條第二項ニ之ヲ規定シテ居ル

失踪ノ宣告ニ因リテ財產ヲ得タル者ハ其取消ニ因リテ權利ヲ失フモ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テハ其財產ヲ返還スル義務ヲ負フ一旦相續人ト爲リ受遺者ト爲リ其他失踪ノ宣告ノ結果デ失踪者ガ死亡者ト看做サレタルガ故ニ財產ヲ得タル者ハ其宣告ガ取消サルルト云フト多クハ其財產ヲ返サナケレバナラスト即チ眞ノ相續人デナカラタト云フトニナル又ハ遺贈ガ未ダ效力ヲ生ゼスト云フトニナル併オガラ此失踪ノ宣告ト云フモノハ裁判所ニ於テ鄭重ナル手續ヲ履ンデ爲シタルモノデアラフ法律上ハ一旦之ヲ死亡者ト看做シタノデスカラ後日ニナラナカラ其消費シタルモノマデ返還シナケレ

ハナラヌト云フト、論リ法律ガ何ノ某ハ既ニ死亡シタルモノデアルト云ツタミ拘
ハラズ、實際其法律ノ認定ガ誤ラ居タ爲メニ意外ノ損失ヲ被ムル者ガ出來ルト
云フコトハドウシテモ認ムル譯ニイカナイ、ソレ故ニ此場合ニ於テハ「現ニ利益
ヲ受クル限度ニ於テ」ミ其財産ヲ返還スルコトヲ要スルト云フコトニナツテ居
ル、即チ相續人ガ相續ラシテカラ後其財産ヲ浪費シタ又ハ意外ノ事實ニ因テ損
失ヲ被ラタト云フ場合ニハ殘ラ居ル財産ダケ返セバ宜イ、況ヤ相續ノ後天災ニ
因テ消滅シタルモノハ無論返スニハ及バヌ、是ガ即チ三十二條第二項ノ規定ノ
意味デアアル
以上ハ失踪ノ御話デアリマシタ、是ニ因テ權利能力ノ終始ノ御話ヲ終リマシタ
カラ是ヨリ權利能力ノ第二ノ問題即チ外國人ノ權利能力ノ御話ヲ致サウト思フ
之ニ付テハ第一ニ何人ガ外國人デアロカト云フコト、第二ニ外國人ノ權利如
何ト云フコトヲ論ジナケレバナラヌノデアアル先ヅ第一ノ何人ガ外國人デア
カト云フコトヲ論ジャウト思フ
此問題ハ條程ムツカシイ問題デアアル、國法問題トシテモムツカシイ問題デア

ガ就中國際法問題トシラムツカシイ問題デアアル、ナゼデアロカト云フニ甲ノ國
ノ人民デアルト定メテアルモノハ必ズ乙ノ國ノ人民デナイ、又甲ノ國ノ人民デ
ナイト極テ居ルモノハ必ズ乙ノ國ノ人民カ丙ノ國ノ人民デ何レノ國カノ人民
デアルト云フコトガ極テ居レバ少シモムツカシイコトハナイガ、實際サウデナ
イ、各國各々自國ノ人民ノ分限ト云フモノヲ定メテ居ル、日本ハ日本デ定メテ居
ル英吉利ハ英吉利デ定メテ居ル、露西亞ハ露西亞デ定メテ居ル、サウスルト其規
定ガ全ク同一デナイ、故ニ往往ニシテ衝突ガアル例ヘバ日本ノ法律デハ日本人
ト看テ居ルモノガ露西亞ノ法律デハ露西亞人デアアル又ハ日本ノ法律デハ日本
人デナイ即チ其精神ハ寧ロ露西亞人デアルト云フ積リデ日本人デナイト極テ
居ルケレドモ露西亞ノ法律デハ矢張り露西亞人デナイ其精神ハ寧ロ日本人デ
アルト云フコトガアル、斯ウ云フ場合ニハ一體ドウシタラ宜イカト云フト兎ニ
角是ハ二ツ以上ノ主權ノ衝突デスカラ寔ニ其問題ヲ決スルコトハ困難デア
ル、成程日本ノ法律限リデ極メテ濟ムコトナラ宜シイガ、日本デハ日本人ト極メテ
仕舞フ所ガ露西亞デハ露西亞人ト極メテ仕舞フト云フト忽チ衝突ヲ來ス、早イ

詰ガ徴兵ノ上カラ言フヲ見テモ日本デハ日本人トシテ徴兵ノ義務アリトシテ徵集スル、露西亞ハ露西亞デ徴兵ノ義務アリトシテ徵集シタラ随分困ルダラウト思フ、而シテ此國際問題何人ガ内國人デアルカ外國人デアルカト云フ問題ハ種種ノ場合ニ於テ必要デアル、就中國國際私法ニ付テ最モ必要デアル、國際私法ニ於テハ管ヲ概略ヲ述ベタルガ如ク例ヘバ身分能力ノ問題ノ如ク本人ノ本國法ニ據ルベキ場合ガ數多アル、然ルニ若シ本國ガ明カデナカッタナラバ條程困ル譯デアル、是ニ於テ或ハ其問題ハ矢張り國際私法ノ問題デアルカラ國際私法ノ原則ニ依ッタ宜カラウ、即チ或人ガ何レノ國籍ニ屬スルカト云フゴトハ身分ノ問題デアル、ソレデアルカラ身分法ノ一般ノ規定ニ依ッタ宜カラウト、斯フ云フカモ知レヌ、所ガソレガ出來ナイ、人ノ身分ニ關スル法律ハ本國法ニ依ルトアル、其本國法ハト云フト其本國法ハ人ノ身分ダカラ其身分ヲ定ムベキ法律ニ依ルト云フノデアルカラ東京ノ俗語デ言フ「イ、タチゴ」西洋ノ言葉デ言フト之ヲ輪回論法ト云フ、甲ノコトガ分ラヌカラソレヲ決スルニハ乙ニ依ルト云フ、乙ノ方デハ此乙ノ問題ヲ決スルニハ甲ニ依ルト云ッタ實際ガナイ詰リサウ云フ問題ニ

ナル、ナゼカト云フト國籍ハ何デアル、人ノ身分ダ、人ノ身分ナラ本國法ニ依ル、ソレナラ本國ハ何處、其本國ハ國籍ガ分ラヌケレバ定メル譯ニイカヌト言ッタライツマデモ決スルコトハ出來ナイ、私共ノ信ズル所ニ據レバ此問題ハ畢竟事件ノ起ッタ國ノ裁判所ガ自國ノ法律ニ依ッタ決スルノ外ナイ、日本ニ於テ問題ガ起ッタラバ日本ノ法律ニ依ッタ決スルノ外ナイ、英吉利ニ於テ問題ガ起ッタラバ英吉利ノ法律ニ依ッタ決スルノ外ナイ、尙ホ理窟ヲ附ケテ見ルト此ノ如キコトハ國ノ基礎ヲ成スベキ問題デアッタ最モ公安ニ關スル問題デアルカラ所謂公安法ハ裁判所所在地ノ法律ニ依ルトシラモ是非サウナケレバナラス、何トナレバ國ト云フモノハ土地ト人民トヨリ成立ツモノデアッタ、其人民ハ誰デアルカト云フコトハ詰リ國ノ基礎タル問題デアルト、斯ウ謂ハナケレバナラヌ、此原則ハ大抵一般ニ認メラレテ居ル、即チ我邦ニ於テハ總テ明治三十二年法律第六十六號國籍法ニ依ラナケレバナラス、唯併ナガラ其法律ノ結果トシテ否各國ノ類似ノ法律ノ結果トシテ本國ノ明カナラザルモノガ必ズ出來ル、ソレハ第一ニハ重國籍ヲ持ツ者、第二ニハ無國籍ノ者デアアル、日本ハ國籍法ニ依リテ日本人ハ其國籍ヲ持ツ

重國籍ハドウシテ出來ルカト云フト日本ノ法律デハ日本人ト見シレカラ英吉利ノ法律デハ英吉利人ト見ルト云フ場合ガ先ヅ一ツノ場合、此場合ニハ今ノ裁判所所在地ノ法律ニ依ルト云フ方カラ言ヘバ若シ問題ガ日本デ起レバ日本人ト見ル、英吉利デ起レバ英吉利人ト見ルト云フコトニナラナケレバナラヌノデスケレドモ、時トシテハ第三國ニ於テ問題ガ起ル、即チ英吉利ノ法律ニ依レバ英吉利人デアリ、佛蘭西ノ法律デアレバ佛蘭西人デアルト云フ問題ガアル而シテ日本ニ於テ問題ガ起ラドウスル、日本ノ法律ハ日本人タル資格ダケヲ定メテ居ル、斯ウ云フモノハ日本人ダ、斯ウ云フモノハ日本デナイト云フコトガ國籍法デ極メテアル、斯ウ云フモノハ佛蘭西人デアアル、斯ウ云フモノハ英吉利人デアアルト云フコトハ極メル譯ニイカナイ、サウスルトドウナル、是ハ甚ダ困ル問題デアル、我邦ニ於テハ國際私法ノ問題ニ付テダケデハアルケレドモ、法例ニ規定ガアル、唯其規定ガ不完全デアアル、ソレガ爲メ此問題ヲ總テ決スルコトハ出來ヌ、其規定ハ法例ノ第二十七條第一項ニアル

當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其當事者カ二個以上ノ國籍ヲ有スル

トキハ最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル

此但書ガ疑ハシキハ裁判所所在地ノ法律ニ依ルト云フ意味デアアル、其法例ト云フモノハ日本國內ニシカ行ハレマセヌカラ詰リ日本デ問題ガ起レバ是ニ依ル、所ガ其國籍ガ日本ノ法律ニ依レバ日本人デアアル、ソレカラ英吉利ノ法律ニ依レバ英人デアアルト云フ場合ニハ日本人トシテ取扱フ、併ナガラ日本ニハ關係ガナイ、英吉利人デアアルカ、佛蘭西人デアアルカ分ラヌト云フトキニハ最後ニ取得シタル國籍ヲ以テ本國トスルト云フノデアアル、此規定ハ私ハ明カニ不完全デアアルト云フコトヲ認メル、先ヅ第一ニ同時ニ取得シタル國籍デアタラドウデアアル、即チ出生ノ際取得スル國籍ノ異ナルコトガアル、其方ガ寧ロ多イデアラウカト思フ、總テ説明ヲ致シマスケレドモ今日ノ國籍法ノ主義ハ尠クモ二ツアル、一ツハ出生地主義、生國主義ト云フチモ宜イ、今一ツハ血統主義、生國主義ト云フ方ハ極端ヲ言ヘバ親ハ何處ノ人デナラウトモ苟モ日本デ生マレタ者ハ日本人デアアルト云フ主義、ソレカラ血統主義ト云フノハ假令日本デ生マレタモ親ガ英吉利人ナ

ヲバ其子モ英吉利人デアルト云フノデス、是ハ全ク正反對ノ主義デアル、此場合ニ於テハ即チ甲ノ國ノ法律ニ依レバ生國主義デ其國ニ生マレタ者ハ總テ甲國人デアルトシテアル、然ルニ乙ノ國ニ於テハ血統主義デ假令外國ニ於テ生マレタ者デモ乙ノ國ノ人デアラナラバ乙ノ國ノ國籍ヲ持ツトナク居ルト忽チ衝突ヲスル、生レルト直グ重國籍ヲ持ツコトニナレ、ソレハ法例ノ第二十七條ニ規定シタナイ、ソレ故ニ此場合ニ付テハ如何ニスベキカト云フコトヲ必ズ決シナケレバナラス、私ノ信ズル所ニ據レバ此場合ニハ詰リ我國籍法ノ原則ヲ適用スルノ外ナイ、成程我國籍法ハ直接ニハ我國人デアラカ外國人デアルト云フコトダケシカ極メテ居ラスケレドモ、ソレガ最モ正當ナル主義デアルト認メテ居ルニ相違ナイ、ダカラ今ノヤウナ場合ニハ矢張り此主義ニ依テ詰リ我國籍法ハ血統主義ヲ採用シテ居リマスカラ今ノヤウナトキニハ血統主義ヲ取ツテ問題ノ人ハ乙國人デアルト見ナケレバナラヌト思フ、之ニ付テハ或ハ住所ノ人ト見ナケレバナラヌト云フ説モアルケレドモ私ハソレヲ取ラス、ソレハ何等ノ據リ所モナイ、法例ニ於テモ國籍法ニ於テモ何等ノ據リ所モナイ説デアラカラ私ハ取ラ

完成スルモ其利益ヲ拋棄スルトキハ權利得喪ノ效力ヲ生セス此ノ如ク時効ノ完成後其利益ヲ拋棄スルトコトヲ得ル理由ハ前ニ述ヘタルカ如ク縱令時効完成スルモ當事者カ之ヲ援用セザル間ハ權利得喪ノ效力ヲ生セザルカ故ナルヘシ、尙ホ終ニ時効ノ進行中ニ既ニ經過シタル時期ノ利益ハ之ヲ拋棄スルトコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ民法ノ規定ニ依レハ既ニ經過シタル時期ノ利益ハ仍ホ之ヲ拋棄スルトコトヲ得ヘシ然レトモ我民法ニ於テハ之ヲ時効ノ利益ノ拋棄ト云ハスシテ承認ニ因ル時効ノ中斷ト云ヘルカ如シ尙ホ承認ニ付テハ後ニ之ヲ説明スヘシ、
第六款 時効ノ中斷
時効ハ取得時効タルト消滅時効タルトヲ問ハス時ノ經過ニ因ル權利得喪ノ方法ナルヲ以テ之ニ因リ權利ヲ取得シ又ハ喪失スルニ其必要ニ一定期間經過スルコトヲ必要トス然ルニ此期間ノ進行ヲ妨ケ時効ヲ完成ヲ妨害スルモノニアリ一ツ時効ノ中斷ト謂ヒ一ツ時効ノ停止ト稱ス予輩ハ先ツ本款ニ於テ時効ノ中

斷ニ付キ論テ所ヲラントス。時効ノ中斷トハ時効ノ進行中既ニ經過シタル期間ノ利益ヲ消滅セシムルコトヲ謂フ例ヘハ或債權ニ對シタル十年ノ消滅時効カ既ニ其進行ヲ始メ三年ヲ經過シタル後時効中斷ノ原因生シタルトキハ其既ニ經過シタル三年ノ期間ノ利益ハ消滅シ時効ハ未タ毫モ進行セサルト同一ナル結果ヲ生スルカ如シ。時効ノ中斷ハ學者ニ依リ之ヲ二種ニ區別シ一ヲ自然ノ中斷ト謂ヒ他ヲ法定ノ中斷ト謂フ。舊民法證據編第一〇五條自然ノ中斷トハ占有ノ中斷ニ因リテ生スル場合ヲ謂ヒ法定ノ中斷トハ民法第四百七條ニ於テ定メタル如ク權利者又ハ義務者カ相手方ニ對シ一定ノ行為ヲ爲スニ因リテ生スル場合ヲ謂フ。法定ノ中斷ハ取得時効ト消滅時効トニ共通ナルモノニシテ自然ノ中斷ハ單ニ取得時効ニ關シタルモノニ生スルモノトス。第一四七條第一六四條第一六五條時効中斷ノ原因ハ法定ノ中斷ノ場合ト自然ノ中斷ノ場合トニ依リ異ナリ故ニ二個ノ場合ヲ區別シテ研究スルコトヲ要ス。第一法定ノ中斷ノ原因

法定ノ中斷ノ原因ハ我民法ノ規定ニ依レテ大別三アリ(第一四七條即チ左ノ如

(一) 請求

此請求ト云フハ或人カ他人ニ對シ或事ヲ要求スル行為ヲ總稱スルモノニシテ裁判上ノモノタルト裁判外ノモノタルト問ハス又口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスルトト問ハサルナリ然レトモ其請求ヲ爲ス方法ノ如何ニ依リ其效力ニ於テ多少異ナル所アリ仍テ各請求ニ付キ各別ニ少シク説明スル所アラントス

(イ) 裁判上ノ請求

民法第四百十九條ニ所謂裁判上ノ請求トハ所謂訴ノ方法ニ依ル請求ヲ謂フモノトス而シテ其訴ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノトス(民事訴訟法第一九〇條第一項)然レトモ訴訟物ヲ權利拘束ナルモノハ其訴狀ノ提出ニ因リテ直チニ效力ヲ生スルモノニ非ス訴狀ノ送達ニ因リテ始メテ其效力ヲ生スルモノトス(同法第二九五條第一項)是レ我民事訴訟法ノ規定ト獨逸民事訴訟法ノ規定ト異ナル所ナリ(獨逸民事訴訟法第二五三條第

一項第二六三條第一項是、於テカ訴ノ形式ニ依ル請求ノ場合ニ於テ時效中斷ノ效力ヲ生スルハ訴狀提出ノ時ニ在ルカ又ハ訴狀送達ノ時ニ在ルカノ問題ヲ生ス學者中或ハ訴ニ依リテ時效ヲ中斷スル場合ニ於テハ訴狀送達ノ時ニ效力ヲ生スト爲ス者ナキニ非ス然レトモ予輩ハ我民法ノ解釋上訴ニ依ル時效中斷ノ效力ヲ生スルハ訴狀送達ノ時ニ在ラスシテ訴狀提出ノ時ニ在リト信スルナリ

訴カ提起セラルルモ或ハ其手續ニ於テ不適式ナル爲メ却下セラルル場合アリ或ハ其手續ハ不適式ニ非サルモ裁判所ニ於テ其請求ヲ理由ナシト認メタル爲メ却下セラルル場合アリ此等ノ場合ニ於テモ仍ホ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノナリヤ否ヤ

訴ニ依リ時效ヲ中斷スト言フモ只當事者カ訴ト稱シテ訴狀ナルモノヲ裁判所ニ提出スレハ時效中斷ノ效力ヲ生スト云フ趣旨ニハ非サルヘシ故ニ訴カ不適式トシテ却下セラルル場合ノ如キハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルハ無論ナルヘシ而シテ民法ノ規定ス見ルモ裁判上ノ請求ヲ訴ノ却下ノ場合ニ於テハ時效中

斷ノ效力ヲ生セサル旨ノ規定アリ(第一四九條故ニ訴カ不適式トシテ却下セラレタル場合ニ於テハ我民法上時效中斷ノ效力ヲ生セサルコトハ明カナルヘシ然レトモ民法ニ於テ訴ノ却下ト謂フハ不適式トシテ却下セラレタル場合ノミヲ言フカ請求ヲ理由ナシトシテ却下セラレタル場合ヲモ言フモノナルカノ疑ヲ生ス考點スルニ通常ノ場合ニ於テハ請求カ理由ナシトシテ却下セラレタル場合ニ於テハ當事者間ニ於テ其權利ナキコト確定スヘキヲ以テ時效中斷ノ問題ヲ生スルコトナカルヘシ然レトモ當事者ニ承繼アリタル場合ニ於テハ請求カ理由ナシトシテ却下セラレタルニ拘ハラス時效中斷ノ問題ヲ生スヘシ例ヘハ甲カ乙ニ對シ債務履行ノ訴ヲ提起シ其請求カ理由ナシトシテ却下セラレタル場合ニ於テ丙カ乙ノ特定承繼人ナルトキハ其請求却下ノ判決ハ當事者タル甲乙間ニ於テノミ效力ヲ生シ丙ニ對シテハ其效力ヲ及ボササルモノトス然ルニ時效ノ中斷ナルモノハ後ニモ説明スルカ如ク特定承繼人ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノナリ(第一四八條隨テ若シ請求ヲ理由ナシトシテ却下シタル場合ハ民法ニ所謂訴ノ却下ノ内ニ包含セヌ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノトセハ其

(四) 支拂命令
一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付テハ債權者ハ通常ノ訴訟手續ニ依リ訴ヲ提起セスシテ所謂督促手續ニ依リ債務者ニ對シ條件附ク支拂命令ヲ發セシコトヲ申請スルコトヲ得ルモノトス而シテ此申請ニ基キ發スル命令ヲ稱シテ支拂命令ト謂フ此支拂命令ナルモノハ區裁判所ノ發スルモノニシテ職權ヲ以テ債務者ニ送達スルモノトス民事訴訟法第三八二條第一項第三八三條第三八七條

支拂命令ノ場合ニ於ケル時効中斷ノ效力ハ支拂命令ノ申請ヲ爲シタル時ニ生スルカ又ハ支拂命令ヲ送達シタル時ニ生スルカ是レ亦一箇ノ問題タラヘシ元來民法第百四十七條ニ所謂請求ナル語ハ前ニ所述ヘタル如ク當事者ノ行爲ヲ謂フモノナラヌヲ以テ其請求ニ付タル支拂命令ノ方法ニ依リ時効中斷ノ場合ニ於テモ支拂命令ノ申請ヲ爲シタル時ニ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノト爲スヲ相當トスルカ如シ然レトモ民法第百五十條ニ支拂命令ハ云云時効中斷ノ效力

支拂命令ニ依リ時効中斷ノ效力發生ノ時効ニ關スル予輩ノ見解ハ右ニ述フル所ノ如シ然ルニ我大審院ノ判例ニ之ト異ナリ支拂命令ノ申請アリタルトキハ直チニ時効中斷ノ效力ヲ生ゼスト雖モ其申請ニ基キ支拂命令ヲ發シ之ヲ送達シタルトキハ其申請ノ當時ニ過リ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノト爲スカ如シ大審院ハ如何ナル理由ニ依リ此ノ如キ說ヲ採用スルニ至リタルモノナルヤヲ知ラスト雖モ予輩ノ考フル所ニ依レハ此ノ如キ論結ヲ採ルニハ二種ノ證據アリ得ヘシト信ス即チ其一ハ時効中斷ノ效力ヲ生スルハ支拂命令ノ申請ニ非ス

民法債權 債權之消滅 更改

更改ハ債權消滅ノ一原因ニシテ債權ノ要素ヲ變更シ因リテ以テ新債務ヲ發生シメテ舊債務ヲ消滅セシムル所ノ當事者ノ契約ナリ例ヘハ甲乙ニ對シ金百圓ノ債務ヲ負フ場合ニ百圓ヲ支拂フ代リニ時計一箇ヲ給付スルコトヲ約スルカ如シ此場合ニ於テハ甲乙間ノ契約ニ因リ新ニ時計ヲ引渡スノ債權關係ヲ生スルト同時ニ百圓ヲ給付ヲ目的トセル舊債權ハ消滅ニ歸スルモ是ナリ今更改ノ重要ナル性質ヲ舉クルトキハ左ノ如シ

第一 更改ハ債務ノ消滅ヲ目的トスル契約ナリ

第二 更改ハ當事者ノ契約ニシテ其契約ハ債務ノ消滅ヲ目的トシ法律ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ其契約ニ效ヲ與フルモノニ外ナラズ故ニ更改ノ契約ハ當事者間ニ於テ有效ニ成立シタルトキハ其當然ノ結果トシテ債務ノ消滅ヲ來スモノトス是レ債權債務ヲ存立セシメテ之ヲ甲ヨリ乙乙ヨリ丙ニ移轉セシムル債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ト異ナル所ナリ

第三 更改ハ新債務ヲ發生セシムルニ因リテ舊債務ヲ消滅セシムル契約ナリ

債務消滅ノ原因トシテ更改ニ固有ナル點ハ新債務ヲ發生セシムルニ因リテ舊

債務ヲ消滅セシムルニ在リ即チ更改ハ一面ニ於テ新ナル債權關係ヲ創設シ他ノ一面ニ於テ舊債權ヲ消滅セシムルモノニシテ舊債權ノ存在ハ新債權發生ノ前提要件タルト同時ニ新債權ノ成立ハ舊債權消滅ノ必要條件ヲ成シ二者分離スヘカラサル因果ノ關係ヲ有スルモノナリ是レ更改カ債務消滅ノ原因トシテ辨濟其他ノ原因ト異ナル所ナリ

第三 更改ハ債務ノ要素ヲ變更シ因リテ以テ新債務ヲ發生セシメテ舊債務ヲ消滅セシムル契約ナリ

所謂債務ノ要素トハ債權關係ニ於ケル當事者及ヒ其目的ヲ意味シ此二者ハ債權ノ存立ニ缺クヘカラサルモノナリ故ニ當事者間ニ於テ此等要素ノ一ヲ變更スルノ契約カ有效ニ成立シタルトキハ所謂更改アリタルモノニシテ當事者間ニ新ナル債權關係ヲ生スルト同時ニ舊債權ハ消滅ニ歸シタルモノナリ之ニ反シテ債權ノ要素ニ變更ヲ來ササルト即チ當事者及ヒ目的ニ何等ノ變更ヲ生セサルトキハ茲ニ所謂更改ナシト例ヘハ甲乙ヨリ金百圓ヲ借用シ期日ニ至リ返済ノ義務ヲ果スコト能ハサル場合ニ甲乙間ニ於テ其百圓ヲ還濟シタルモ

トシテ其貸借關係ヲ終了シ更ニ新ニ兩人間ニ於テ百圓ノ貸借關係ヲ創設スルコトヲ約シタル場合ニ於テハ當事者及ヒ目的ニ何等ノ變更ナキヲ以テ其契約ハ更改ニ非ス此點ニ付テハ後ニ説明スルヘシ事ヲ以テ目下ニ同義ノ變更ニテ債務ノ目的ヲ變更スルノ契約ハ常ニ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ發生セシムルモノナリ何トナレハ債務關係ノ實質ヲ組成スルモノハ債務ノ目的ニシテ目的ヲ異ニスル債務ハ即チ其實質ヲ異ニスルモノナレハ目的ノ變更ハ其必然ノ結果トシテ債務關係ノ更新ヲ隨伴セタルカラザルヲ以テナリ之ニ反シテ當事者即チ債權者債務者ハ債務關係成立ノ要件ナルモ當事者ノ甲タルト乙タルトハ債務關係ノ成立ニ影響ヲ及ボナザルヲ以テ債務關係ヲ其儘ニ存立セシメテ債權者債務者ヲ變更スルコトハ毫モ妨ナシトス是レ債權債務ノ移轉ヲ生スル債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受カ學說上及ヒ立法上ニ於テ確認セラザルニ至リタル所以ナリ我民法モ亦債權者ノ更替ニ因ル更改ノ外ニ債權ノ讓渡ヲ認メタルヲ以テ債權者ノ更替ハ如何ナル場合ニ於テ債權ノ移轉ヲ生シ如何ナル場合ニ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ發生セシムルヤニ付キ疑ヲ生スヘク此點

ハ當事者ノ意思ニ基キテ之ヲ決スルノ外ナシ即チ當事者ノ意思カ債務關係ヲ其儘ニ存立セシメテ之ヲ新債權者ニ移轉スルニ在ルトキハ所謂債權ノ讓渡即チ移轉ト爲ルヘク之ニ反シテ當事者ノ意思カ舊債務ヲ消滅セシメ更ニ新ニ新債權者ノ爲メニ債權ヲ創設スルニ在ルトキハ所謂債務ノ更改アリトスヘキノミ然レトモ立法上ヨリ言フトキハ債權者ノ更替ニ因ル更改ハ債權ノ移轉ヲ原則的ニ認メタリシ羅馬法ノ遺物ニシテ既ニ債權移轉ノ制度ヲ確認シタル今日ニ在リテハ特ニ之ヲ存スルノ必要ナキノミナラス却テ此二者ノ區別ニ付キ實際上ニ於テ難問ヲ生スルヲ以テ寧ロ之ヲ廢スルノ勝レルニ若カス又債務ノ引受ハ獨逸民法ニ認ムル所ナレトモ我民法ニハ何等規定スル所ナキヲ以テ斯ル法律行為カ果シテ有效ナルヤ否ヤハ我民法ヲ解釋上ニ於テ一ノ疑問ト爲ルヘシト雖モ此點ハ債務其モノノ性質如何ニ依リテ定マルヘキ問題ナルヲ以テ當事者ノ何人タルヤハ債務關係ノ存立ニ影響セストノ說ヲ採用スル以上ハ債務關係ヲ其儘存立セシメテ債務者ヲ變更スルノ契約ハ有效ナリト斷定セザルヲ得ス何トナレハ其契約ハ債務ノ性質ニ反セス又毫モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗

ヲ害スルモノニ非サルヲ以テナリ故ニ我民法ノ下ニ在リテ債權者其更改ヲ
因ル更改外ニ尙ホ債權ヲ引受テ承認ムルニ其得ザル信ス商業者モ其
事ヲ人々ニ通知シテ其承認ヲ得ルニ要スルモノナリ故ニ其承認ヲ得ル
民法第五百十三條第一項ニ曰ク當事者其債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタ
ルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス下故ニ更改ニ成立ニハ當事者間ニ契約
アルコト及ヒ其契約ハ債務ノ要素ヲ變更スルヲ目的トスルコトヲ必要トスル
ヤ明カナリ予ハ此點ニ付キ當事者ト目的トニ區別シテ説明スヘシ故ニ茲ニ其
第一ニ當事者其債務關係ニ於ケル當事者ハ債權者及ヒ債務者ナリ故ニ茲ニ其
第二ニ債權者トシ乙ヲ債務者トスルハ債權關係アリト假定シ甲債權者ニ代
ルニ丙債權者ヲ以テシ又ハ乙債務者ニ代フルニ丁債務者ヲ以テスルハ契約
當事者間ニ成立シタルトキ其所謂當事者ノ交替ニ因ル更改アルモノモシ
此契約ハ丙ヲ債權者トシ其所謂新債權ヲ發生セシムルト同時ニ甲ヲ債權者
トシタル舊債權ヲ消滅セシメ又丙ヲ債務者トスル新債權ヲ發生セシメテ乙

第二款 更改ノ要件

第一ニ債務者トシタル舊債權ヲ消滅セシムルモノナリ而シテ第一ノ場合ニ於テ
ル契約ヲ當事者ハ更改ノ結果其權利ヲ喪失スル所ノ舊債權者甲ト舊債務者
免脱シテ新債務者負擔スル所ノ債務者乙ト更改ニ因リ新ニ債權ヲ取得スル
所ノ新債權者丙トシテ更改ハ右三名間ノ契約ヲ以テ之ヲ爲スルモノナリ
是レ債務者ヲ承諾ヲ必要トセザル債權讓渡ノ場合ト異ナル所ナリ又第二ノ
場合ニ於テハ更改契約ハ舊債務者乙ニ對シテ權利ヲ喪失スル所ノ債權者甲
ト新ニ債務者負擔スル所ノ新債務者丁ノ承諾ニ因リテ成立シ舊債務者乙
承諾ヲ必要トセス何トナレハ舊債務者乙ハ第三者タル丁ノ出資ニ因リ其債
務ヲ免脱スルニ止マリ更改ノ爲メ損失ヲ被ルコトナキヲ以テ第三者カ債務
者ノ承諾ヲ經シテ其債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ルト同一ノ理
由ニ依リ債務ヲ消滅ヲ求ム所ノ更改亦債務者ノ承諾ヲ得テ行ハレ得ヘ
キモノト爲シタルモノナリ然レトモ第三者カ債務者ノ意思ニ反シテ其債務
ヲ爲スコトヲ得サルハ前既ニ説明セル所ニシテ更改ノ場合ニ於テモ亦債務者
ノ意思ヲ尊重スルコトヲ要スルハ其債務ノ場合ト毫モ異ナラズ所ナリ以テ舊

債務者カ更改ニ對シテ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ更改契約ハ其效ヲ生セサルモノトスルハ債權ノ消滅ニ類似ス就中舊債權者カ其權利ヲ喪失シ新債務者カ同内容ヲ有セル權利ヲ取得スルノ點ハ二者全ク同一ナルヲ以テ債權讓渡ノ場合ト等シク權利ノ得喪ヨリ生ズル結果ニ對シ第三者ノ利益ヲ保護スルノ必要アリ而シテ債權者ノ更改ニ因ル更改ハ常ニ債務者ノ承諾ヲ必要トスルヲ以テ第三者ニ對スル公示ノ要件ハ更改契約成立ノ當時既ニ充タサレタルモノナルヲ以テ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ恐ナシト雖モ當事者通謀ノ上更改ノ日時ヲ適ラシテ第三者既得ノ權利ヲ害スルノ弊ヲ豫防スルノ必要アリ是レ民法カ第五百十五條ニ於テ債權讓渡ノ場合ト等シク第三者トノ關係ニ於テハ確定日附アル證書ヲ以テ之ヲ明確ナラシムルコトヲ必要トシ此要件ヲ充タササル更改ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲セル所以ナリ然レテ舊債務者ノ爲メニ債權ノ目的ニ債權ノ目的ニ債權者カ債權者ノ爲メニ爲スヘキ給付ヲ謂ベ債

務者カ債權者ニ對シテ債權本來ノ給付ニ代ヘテ給付ヲ爲スニキコトヲ約シ債權者之ヲ承諾シタルトキハ債務ノ目的ノ變更ニ因ル更改アリトス例ヘハ債權カ金錢ノ給付ヲ目的トスル場合ニ當事者間ニ於テ其給付ニ代フルニ他ノ物品ノ給付ヲ以テスルノ契約ヲ爲シ又ハ債權カ物品ノ給付ヲ目的トスル場合ニ債務者カ之ニ代ヘテ純然タル作爲又ハ不作爲ノ債務ヲ負擔スルコトヲ約スルカ如シ然レテ債務者ノ變更アルヤ否ヤハ舊債權及ヒ當事者ノ新設セントスル債權ノ具體的構成要素ノ比較對照ニ依リテ定マルヘキモノナリ然レトモ民法ハ一二ノ疑ハレキ場合ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ解釋止ニ於テ生スヘキ疑問ヲ豫防スルコトニ注意シタリ即チ左ノ如シ

甲 條件附債務ヲ無條件トシ無條件債務ヲ條件附債務トシ又ハ條件ヲ變更スルコトハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做スルハ債務ノ要素ヲ形成スルヤ債務ノ發生消滅カ條件ニ繫ル場合ニ其條件ハ債務關係ノ要素ヲ形成スルヤ否ヤハ一箇ノ疑問ニシテ學說及ヒ立法ニ於テ未ダ解決セラレサル所ナリ蓋

シ債權ノ要素トハ普通當事者及ヒ其目的即チ債務者カ債權者ニ對シテ爲ス所ノ給付其モノヲ指スモノニシテ條件ハ其何レニモ屬セサルノミオラス債權關係ノ成立ニ缺クヘカラサルモノニ非サルヲ以テ債務ノ要素ヲ形成スルモノト謂フコト能ハサルカ如シト雖モ債務カ條件附ナルトキハ其條件ハ債務ノ目的ト密切ノ關係ヲ有シ債務者カ債權ノ目的タル給付ヲ爲スヘキヤ否ヤ即チ債務關係カ成立スヘキヤ否ハ全ク條件ノ成否ニ繫ルモノナレハ此點ヨリ觀察スルトキハ條件ハ債權ノ目的タル給付ニ附隨シ之ト共ニ債權ノ實質ヲ組成スルモノト謂ハサルヘカラス是レ我民法カ條件附債務ヲ無條件債務トシ無條件債務ヲ條件附債務トシ又ハ條件ヲ變更スルヲ以テ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做シ債務關係ノ成立不成立ニ何等ノ影響ナク隨テ單純ナル債務ノ體様ニ過キサル期限ト區別シタル所以ナリ

乙 債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス

債務者カ直接ニ債務ヲ辨濟セスシテ爲替手形ヲ發行スルハ要スルニ支拂人

ヲ以テ主タル債務者ト爲サント欲スルモノニ外ナラサルヲ以テ之ヲ以テ債務者ノ更替ニ因ル一種ノ更改ナリト看ルコトヲ得ヘシ然レトモ支拂人カ未タ支拂ノ引受ヲ爲サス隨テ之ニ對スル債權ハ未タ發生セサル間ハ更改契約ハ未タ成立セサルモノト論スルコトヲ得ヘキヲ以テ民法ハ特ニ第五百十三條第二項後段ノ規定ヲ設ケ爲替手形ノ發行ト共ニ要素ノ變更アリトシ此點ニ關スル疑問ヲ豫防シタル所以ナリ之ニ反シテ約束手形ノ發行ハ普通ノ債權ヲ手形債權ニ變シタルノ外當事者及ヒ目的ニ何等ノ變更ナキヲ以テ所謂債務ノ更改ナク支拂ノ方法タルニ過キサルモノトス小切手ノ振出モ亦支拂ノ方法トシテ利用セラレ振出人ハ結局銀行ヲシテ自己ノ預金ヲ以テ債務者ニ支拂ヲ爲サシムルモノニシテ當事者ヲ變更スルモノニ非ス故ニ此等手形ノ振出ハ何レモ債務ノ要素ヲ變更シタルモノニ非サルヲ以テ舊債權消滅シテ手形債權新ニ發生シタルモノニ非サルヤ明カナリ

右ノ外有期ノ債務ヲ無期限トシ無期限債務ヲ有期トシ其期限ヲ伸縮シ目的物ノ數量ヲ増減シ履行ノ場所ヲ變更シ擔保ヲ加除増減シ執行方法ヲ變更シ債務

ノ原因ヲ變更スルカ如キハ何レモ債務ノ要素ヲ變更シタルモノト謂フコト能ハサルヲ以テ更改ノ部類ニ入ラサルモノトス

第三款 更改ノ效力

更改ハ新債務ヲ發生セシムルニ因リテ舊債務ヲ消滅セシムルヲ以テ目的トスル當事者間ノ契約ニシテ法律ハ契約自由ノ原則ニ依リ其契約ニ效力ヲ與フルモノニ外ナラサルヲ以テ更改ハ當事者ノ希望スル所ノ新債務ヲ發生セシメテ舊債務ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生スルモノナリ今民法ノ規定ニ從ヒ其效果ノ重要ナルモノヲ舉グルトキハ左ノ如シ

舊債務ハ更改ニ因リ絶對的ニ消滅ス即チ更改カ目的ノ變更ニ依リテ行ハレタル場合ハ勿論單ニ當事者ニ變更ヲ生シタルニ過キサル場合ト雖モ舊債務ハ消滅シテ新ニ別異ナル當事者間ニ於テ舊債務ト同一ノ内容ヲ有スル債務關係ヲ發生セシムルモノニシテ舊債務ト新債務トハ全ク異ナルモノナリ是レ債務關

係ヲ存立セシメテ單ニ主體ノミヲ變更スル債權讓渡及ヒ債務ノ引受ト異ナル所ナリ

更改ニ因リ舊債務ハ消滅スルヲ以テ舊債務ニ隨伴セル擔保モ亦隨テ消滅ニ歸スヘキハ論ヲ埃タス換言スレハ舊債務ニ付キ保證人アリ又ハ抵當權質權ノ設アルトキハ保證人ハ其義務ヲ免脱シ抵當權質權モ亦當然消滅ニ歸スヘキモノトス然レトモ民法ハ其第五百十八條ニ於テ質權抵當權ニ付キ一ノ例外ヲ設ケ「更改ノ當事者ハ舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ其債務ノ擔保ニ供シタル質權又ハ抵當權ヲ新債權ニ移スコトヲ得」ト規定セリ故ニ更改ノ當事者ハ舊債權ノ目的ノ範圍内ニ於テ此等物上擔保ヲ移シテ其儘之ヲ新債務ノ擔保ト爲スコトヲ得ヘシ蓋シ此等ノ事ハ要スルニ當事者ノ利害ノミニ關スル問題ナルヲ以テ法律ハ實際ノ便宜ニ基キ當事者ヲシテ設定行爲ヲ更斷スルヲ要セス其儘之ヲ新債務ニ移付シテ其擔保ト爲スコトヲ得セシムルモノニ外ナラス然レトモ其質物又ハ抵當物タル債務者カ自身ニ供シタルモノニ非スシテ第三者ノ供シタルモノナルニ於テハ更改ノ當事者カ其意思ノミヲ以テ一旦消滅ニ歸シタル抵當權、

質權ヲ存續セシムルハ第三者ノ既得ノ權利ヲ侵害スルコト爲ルヲ以テ此場合ニハ其擔保ヲ保存スルカ爲メニハ常ニ必ス其承諾ヲ經ルコトヲ要シ第三者カ承諾ヲ與ヘサルトキハ其質權抵當權ハ一般ノ原則ニ依リ當然消滅ニ歸スヘキモノトス保證人モ亦更改ニ因リ其債務ヲ免脱シタルモノナレハ更ニ新ニ保證人タルコトヲ諾シタル場合ハ格別然ラザレハ更改ヲ爲シタル當事者間ノ契約ニ因リテ新債務ニ對シ保證人トシテ義務ヲ負フコトナカルヘキハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ

第二、更改ニ因リ新債務ヲ發生スルニ致スル舊債務ヲ消滅セシムルモノニシテ特殊ナル債務消滅原因ニ屬シ舊債務ノ消滅ハ新債務ノ發生ニ繫リ新債務ノ發生ハ舊債務ノ消滅ニ繫リ二者分離スヘカラサル因果ノ關係ヲ有スルモノナリ是ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

(一) 新債務ヲ發生セサルトキハ舊債務ハ消滅セス

舊債務ノ消滅ハ債務ノ要素ノ變更ニ因ル新債務ヲ發生スル結果ナルヲ以テ

更改ニ因リテ生シタル債務カ或原因ノ爲メニ成立セサルトキハ更改契約ハ其成立ニ必要ナル新債務發生ノ條件ヲ缺クヲ以テ舊債務ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生スルコトナシ更改ニ因リテ生シタル債務ヲ取消サレタル場合モ亦然リ何トナレハ取消ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生シ其債務ハ曾テ成立セザリシモノト爲ルヲ以テナリ然レトモ我民法ハ此點ニ付キ一ノ區別ヲ爲シタリ即チ我民法ニ依ルトキハ前記ノ原則ハ更改ニ因リテ生スヘキ債務カ不法ノ原因ノ爲メニ成立セス又ハ取消サレタル場合ニ於テハ絕對ニ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ蓋シ此場合ニ於テハ更改契約カ其レ自體ニ於テ不法ト爲ルヲ以テ其全部ヲ無効トスヘク之ヲ分割シ新債務ノ創設ニ關スル部分ノミヲ無効トシ舊債務ノ消滅ニ關スル部分ノミヲ有效トスルコト能ハサルヲ以テナリ之ニ反シテ更改ニ因リ生スヘキ債務ノ不成立並ニ取消カ不法ノ原因以外ノ事由ニ基タトキハ當事者カ其事由ヲ知ラザリシ場合ニ限リ前記ノ原則ヲ適用スヘク之ヲ知リタル場合ニ於テハ更改ニ因リ新債務ヲ發生セサルモ舊債務ハ尙ホ消滅ニ歸スヘキモノトス何トナレハ此場合ニ於テハ當事者ハ新

債務ノ不成立ナルコト又ハ不成立ニ歸スヘキコトヲ熟知セルニ拘ハラス尙ホ舊債務ノ消滅ヲ目的トスル更改ヲ甘諾シタルモノナセハ當事者ハ新債務ノ成立不成立ニ拘ハラズ絕對的ニ舊債務ヲ消滅セシムルヲ意思ナリト推測スルコトヲ得ヘケレハナリ是レ第五百十七條ノ規定アル所以ナリ

(二) 舊債務カ存在セザルトキハ新債務ハ發生セズ

更改ニ因リテ生スヘキ債務ハ舊債務ニ代ルヘキモノニシテ舊債務ノ存在ヲ前提要件トスルコトハ既ニ説明スル所ノ如クナルヲ以テ既ニ消滅シタル債務ヲ消滅セシムルノ目的ヲ以テ爲シタル更改ハ當事者間ニ於テ新債務關係ヲ發生セシムルノ效力ヲ生セザルモノトス而シテ當事者ノ更替ニ關スル更改ノ場合ニ於テハ新債務ハ舊債務ノ存在ヲ前提要件トスルハ勿論其範圍體樣ニ於テモ亦舊債務ト同一ナルヘキハ論ヲ挾タサルヲ以テ更改カ債權者ノ更替ニ因リテ行ハレタルトキハ債權者カ舊債權者ニ對シテ有セシ抗辯ノ事由ハ總テ之ヲ債權者ニ對抗シ得ルコトハ債權讓渡ノ場合ト毫モ異ナル所ナキモノト謂ハサルヲ得ヌ何トナレハ新舊債權カ其內容範圍ヲ同シクスル

ノ點ハ二者全ク同一ナルヲ以テナリ然レトモ債務者カ異議ヲ止メスシテ更改ヲ承諾シタルトキハ舊債權者ニ對シテ有セシ抗辯ノ事由ハ之ヲ新債權者ニ對抗スルコト能ハサルコトモ亦債權讓渡ノ場合ト同一タラシムルコトヲ要ス何トナレハ此場合ニ於テモ債務者ノ無條件ノ承諾ニ信ヲ置キテ舊債權者ト交替シタル新債權者ノ利益ヲ保護スルノ必要アルヲ以テナリ是レ民法第五百十六條ニ於テ第四百六十八條第一項ノ規定ヲ此場合ニ準用シタル所以ナリ

第四節 免除

免除モ亦債務消滅ノ一原因ニシテ債權者カ單純ニ其債務ヲ拋棄スルヲ謂フ債權ハ一ノ財產權ナルヲ以テ財產權本來ノ性質ニ從ヒ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヲ原則トス而シテ債權ノ拋棄即チ免除ハ債務者ヲ利シ之ヲ害スルモノニ非ナルヲ以テ債權者ノ片面的意思表示ニテ其效ヲ生シ敢テ債務者ノ承諾ヲ必要トセス唯其意思表示ハ債務者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ必要トスルノミ蓋シ其

意思表示ノ確實ナルコトヲ期スルカ爲メニハ漠然タル意思ノ表示ヲ以テ足レリトセス債務者ニ對シテ之ニ表示スルコトヲ必要トスルヲ以テナリ但其意思表示ハ一般ノ原則ニ從ヒ明示又ハ默示ナルコトヲ得ヘク其意思表示ノ方法如何ハ之ヲ問ハサルモノトス要スルニ片面的意思表示ノ效力ニ關スル一般ノ原則ハ此場合ニ適用セラレハキモノトス

第五節 混同

混同ハ廣キ意義ニ於テハ一ノ權利關係ニ付キ相容レサル二箇ノ資格カ同一人ニ歸スルヲ謂フ而シテ一ノ債權關係ニ付キ債權者ト債務者トハ互ニ相對立シ各別異ナル債權成立ノ要素ヲ成スモノナレハ此二者ハ常ニ必ス別異ナル人タルコトヲ要シ同一人カ同時ニ債權者タリ債務者タルノ資格ヲ併有スルコト能ハサルヤ明カナリ是ニ於テ或事由ニ因リ此二箇ノ資格カ同一人ニ歸シタルトキハ債權ハ其存立ニ必要ナル條件ヲ缺クニ至リ消滅ニ歸スヘキハ論ヲ俟タス民法第五百二十條ニ債權及ヒ債務カ同一人ニ歸シタルトキハ其債權ハ消滅ス

トアルハ即チ此謂ナリ例ヘハ債權者カ債務者ノ相續人ト爲リ又ハ債務者カ債權者ノ相續人ト爲リタル場合ノ如シ

混同ノ性質ニ付テハ學說立法區區ニシテ一定セス或ハ混同ハ債權ヲ消滅セシムルモノニ非スシテ其效果ヲ停止スルニ過キササルモノトシ或ハ辨濟更改相殺等ト等シク債權消滅ノ原因ト爲セリ我民法ハ即チ第二ノ主義ニ依リタルモノナリ蓋シ混同ハ其本來ノ性質ヨリ言フトキハ債權消滅ノ原因ニ非スシテ債權行使ノ障礙タルニ過キササルヲ以テ債權債務ノ存續ヲ必要トスル總テノ場合及ヒ混同ノ原因ノ止ミタル場合ニハ舊ニ依リ其債權債務ヲ存立セシムルヲ正當ナリトス然レトモ斯クスルニ於テハ實際上ニ於テ種種ノ難問ヲ生スルヲ以テ我民法ハ實際上ノ便宜ニ基キ混同ヲ以テ絕對的債權消滅ノ原因ト爲シ其效果ヲ成ルヘシ簡明ナラシムルコトニ着眼シタルモノナリ

右ノ如ク混同ハ債權ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生スルモ之カ爲メ第三者ノ既得權ヲ害スルハ不當ナルヲ以テ第三者ノ權利ノ目的タル債權ハ混同ニ拘ハラズ之ヲ存立セシメ第三者ヲシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルハ必要アリ是レ

民法債權(第一章第四節)及(第五章第五節)目次

第一章 債權讓渡

第一節 債權讓渡ノ性質

第二節 指名債權ノ讓渡

第一款 債權讓渡ノ要件

第二款 讓渡ノ效果

第三節 指圖債權ノ讓渡

第一款 指圖債權讓渡ノ要件

第二款 指圖債權讓渡ノ效力

第四節 無記名債權ノ讓渡

第一款 無記名債權ノ性質

第二款 無記名債權讓渡ノ要件

第三款 無記名債權讓渡ノ效果

第五節 記名式所持人拂ノ債權ノ譲渡.....五三

第二章 債權ノ消滅.....五五

第一節 辨濟.....五七

第一款 辨濟ノ性質.....五七

第二款 辨濟者.....六一

第三款 辨濟受領者.....七三

第四款 辨濟ノ目的.....八〇

第一項 特定物ノ債權ノ辨濟.....八〇

第二項 不特定物ノ債權ノ辨濟.....八五

第三項 代物辨濟.....八八

第五款 辨濟ノ時期.....九四

第六款 辨濟ノ場所.....九六

第七款 辨濟ノ費用.....九九

第八款 辨濟ノ充當.....一〇一

民法債權

第一章

第一項 辨濟ノ充當ノ性質.....一〇一

第二項 辨濟ノ充當ノ方法.....一〇四

第九款 辨濟ノ提供.....一〇四

第一項 辨濟ノ提供ノ性質.....一〇四

第二項 提供ノ要件.....一〇六

第三項 提供ノ效果.....一一〇

第十款 辨濟ノ目的物ノ供託.....一一三

第二項 供託ノ性質.....一一三

第二項 供託ノ要件.....一一五

第三項 供託ノ爲シ得ヘキ場合.....一二七

第四項 供託ノ手續.....一二九

第五項 供託ノ效力.....一三三

第十一款 代位辨濟.....一三八

第一項 代位辨濟ノ性質.....一三八

第二項 代位辨濟ノ種類	一四六
第十一目 契約上ノ代位	一四二
第二目 法律上ノ代位	一四四
第三項 代位辨濟ノ效力	一四五
第四項 一部ノ代位辨濟	一五七
第五項 債權者ノ義務	一六二
第二節 相殺ノ性質	一六五
第一款 相殺ノ性質	一六五
第二款 相殺ノ種類	一六六
第三款 相殺ノ要件	一六八
第四款 相殺ノ方法	一七九
第五款 相殺ノ效力	一八二
第三節 更改ノ性質	一八五
第一款 更改ノ性質	一八五

第二款 更改ノ要件	一九〇
第三款 更改ノ效力	一九六
第四節 免除	二〇一
第五節 混同	二〇二

民法債權(第一章第四節終
及第五章第五節)

共同正犯

第一章 共同正犯	一
第二章 共同正犯の成立	二
第三章 共同正犯の責任	三
第四章 共同正犯の消滅	四
第五章 共同正犯の追訴	五
第六章 共同正犯の執行	六
第七章 共同正犯の赦免	七
第八章 共同正犯の減刑	八
第九章 共同正犯の假釋	九
第十章 共同正犯の追放	十
第十一章 共同正犯の追徴	十一
第十二章 共同正犯の追徴	十二
第十三章 共同正犯の追徴	十三
第十四章 共同正犯の追徴	十四
第十五章 共同正犯の追徴	十五
第十六章 共同正犯の追徴	十六
第十七章 共同正犯の追徴	十七
第十八章 共同正犯の追徴	十八
第十九章 共同正犯の追徴	十九
第二十章 共同正犯の追徴	二十
第二十一章 共同正犯の追徴	二十一
第二十二章 共同正犯の追徴	二十二
第二十三章 共同正犯の追徴	二十三
第二十四章 共同正犯の追徴	二十四
第二十五章 共同正犯の追徴	二十五
第二十六章 共同正犯の追徴	二十六
第二十七章 共同正犯の追徴	二十七
第二十八章 共同正犯の追徴	二十八
第二十九章 共同正犯の追徴	二十九
第三十章 共同正犯の追徴	三十
第三十一章 共同正犯の追徴	三十一
第三十二章 共同正犯の追徴	三十二
第三十三章 共同正犯の追徴	三十三
第三十四章 共同正犯の追徴	三十四
第三十五章 共同正犯の追徴	三十五
第三十六章 共同正犯の追徴	三十六
第三十七章 共同正犯の追徴	三十七
第三十八章 共同正犯の追徴	三十八
第三十九章 共同正犯の追徴	三十九
第四十章 共同正犯の追徴	四十
第四十一章 共同正犯の追徴	四十一
第四十二章 共同正犯の追徴	四十二
第四十三章 共同正犯の追徴	四十三
第四十四章 共同正犯の追徴	四十四
第四十五章 共同正犯の追徴	四十五
第四十六章 共同正犯の追徴	四十六
第四十七章 共同正犯の追徴	四十七
第四十八章 共同正犯の追徴	四十八
第四十九章 共同正犯の追徴	四十九
第五十章 共同正犯の追徴	五十
第五十一章 共同正犯の追徴	五十一
第五十二章 共同正犯の追徴	五十二
第五十三章 共同正犯の追徴	五十三
第五十四章 共同正犯の追徴	五十四
第五十五章 共同正犯の追徴	五十五
第五十六章 共同正犯の追徴	五十六
第五十七章 共同正犯の追徴	五十七
第五十八章 共同正犯の追徴	五十八
第五十九章 共同正犯の追徴	五十九
第六十章 共同正犯の追徴	六十
第六十一章 共同正犯の追徴	六十一
第六十二章 共同正犯の追徴	六十二
第六十三章 共同正犯の追徴	六十三
第六十四章 共同正犯の追徴	六十四
第六十五章 共同正犯の追徴	六十五
第六十六章 共同正犯の追徴	六十六
第六十七章 共同正犯の追徴	六十七
第六十八章 共同正犯の追徴	六十八
第六十九章 共同正犯の追徴	六十九
第七十章 共同正犯の追徴	七十
第七十一章 共同正犯の追徴	七十一
第七十二章 共同正犯の追徴	七十二
第七十三章 共同正犯の追徴	七十三
第七十四章 共同正犯の追徴	七十四
第七十五章 共同正犯の追徴	七十五
第七十六章 共同正犯の追徴	七十六
第七十七章 共同正犯の追徴	七十七
第七十八章 共同正犯の追徴	七十八
第七十九章 共同正犯の追徴	七十九
第八十章 共同正犯の追徴	八十
第八十一章 共同正犯の追徴	八十一
第八十二章 共同正犯の追徴	八十二
第八十三章 共同正犯の追徴	八十三
第八十四章 共同正犯の追徴	八十四
第八十五章 共同正犯の追徴	八十五
第八十六章 共同正犯の追徴	八十六
第八十七章 共同正犯の追徴	八十七
第八十八章 共同正犯の追徴	八十八
第八十九章 共同正犯の追徴	八十九
第九十章 共同正犯の追徴	九十
第九十一章 共同正犯の追徴	九十一
第九十二章 共同正犯の追徴	九十二
第九十三章 共同正犯の追徴	九十三
第九十四章 共同正犯の追徴	九十四
第九十五章 共同正犯の追徴	九十五
第九十六章 共同正犯の追徴	九十六
第九十七章 共同正犯の追徴	九十七
第九十八章 共同正犯の追徴	九十八
第九十九章 共同正犯の追徴	九十九
第一百章 共同正犯の追徴	一百

(4)

逃ハタル疑問ヲ殘留スルコトヲ免レヌ
 犯行者ノ身分ニ因リテ構成スヘキ罪ヲ共犯シタルトキハ其身分ナキ者
 モ亦之ヲ其罪ノ共犯ト爲スコトヲ得ルヤ 刑法ハ此點ニ付テモ亦何等ノ
 規定ヲ置カス隨テ學者種種ノ異論ヲ唱フト雖モ予ハ之ヲ共犯トスト斷定
 スルコトヲ得ヘシト信ス蓋シ刑法ノ豫想スル所ハ加重減輕スヘキ場合ノ
 ミニ在リテ此場合ニ在リテハ主トシテ之ヲ共犯ニ及ボササル趣旨ナリト解
 セルヲ以テ罪ヲ構成スル要件タル場合ハ之ヲ共犯ニ及ボス趣旨ナリト解
 釋スルニ苦マス大審院ノ判例ハ身分ニ因リ構成スル罪ノ教唆犯又ハ幫助
 犯ハ成立スト判示スル如シ但シ又其共同實行犯ノ成立スルヤ否ヤニ付キ
 テハ懷疑ノ餘地ナキニアラスト雖モ(1)身分ナキ者ハ常ニ事實上共同實行
 スルコトヲ得スト爲ス見解ヲ採用シ得ヘシ(2)又身分ナキ者ト雖モ事實上
 共同實行スルコトヲ得ヘルト斷定シテ更ニ或ハ(4)共同實行犯ハ成立スト
 爲ス見解ヲ採用シ或ハ(4)共同實行犯ハ成立セズト爲ス見解ヲ採用シ得ヘ
 シ

刑法典 本論 罪 一八一

罪ヲ構成スル身分又ハ刑ヲ加重減輕又ハ免除スル身分トハ例ヘハ卑屬親タル身分、公務員タル身分、軍人タル身分ヲ謂フ從來刑法學者ハ犯行者ノ年齡犯數又ハ治外法權ヲ享有スルヤ否ヤ等モ亦一種ノ身分ナリト解釋セザリト雖モ此種ノ事由ハ軍人ニ關スル特別ノ事由ニシテ之ヲ其人ノ身分ヲ謂フヘカヲ然レトモ人ニ關スル特別ノ事由ヲ有スルニ因リ刑ヲ有無又ハ其輕重ニ差異アルトキト雖モ其事由ナキ者ニ其效力ヲ及ボス可キアラハ是レ此種ノ事由ハ所謂總タル人的事由ニシテ其本質上唯其事由ノ存スル者ノミニ適用スヘキト明瞭ナレハナリ

共犯ニハ共犯アリ得ヘキヤ否ヤ今場合ヲ分テ之ヲ研究スヘシ

一 共同實行者ト其共犯 共同實行者ニ共同實行者アリ得ヘキコトハ論ヲ埃タス而シテ共同實行者ヲ教唆シ又ハ幫助シタル者ハ之ヲ其共犯ト爲スヘキモノナリト信ス

二 教唆者ト其共犯 教唆者ノ共同實行者ハ之ヲ教唆者トシテ處罰スヘキコトハ疑似ナシ而シテ教唆者ノ幫助犯又ハ教唆犯ハ之ヲ幫助者又ハ教唆者ト

シテ處罰スヘキヤ否ヤモ付キテハ予ハ之ヲ教唆者ノ幫助者又ハ教唆者トシテ處罰シ得ヘキト信スト雖モ異論ナキニ非ス

三 幫助者ト其共犯 幫助者ノ共同實行者ハ幫助者トシテ之ヲ罰スヘキ幫助者ノ教唆者又ハ幫助者ハ二ノ場合ニ於テ逃ヘタルト同シク之ヲ幫助者ノ教唆又ハ幫助者トシテ處罰スヘキモノトス

第二目 共同實行犯

共同實行ニ廣狹ノ二義アリ廣義ノ共同實行トハ數人カ箇箇ニ動作ヲ爲シテ一箇ノ結果ヲ發生セシムル場合ヲモ包含スヘシト雖モ刑法上ノ共同實行即チ狹義ノ共同實行トハ數人カ共同シテ動作ヲ爲シテ結果ヲ發セシメタル場合ノミヲ謂フ

共同實行ハ違警罪ニ付ラモ亦成立スヘシト雖モ向ホ例外ナキ能ハスアル學者ハ姦淫罪ニハ共同實行犯ヲシト謂フト雖モ否之ヲ探ラズ

一 不作爲罪 不作爲罪即チ法律カ一定ノ事實ノ發生ヲ防止セザルコトヲ處

罰シタル罪ニ付テハ共同實行ハ成立セズ蓋シ數人共同シテ若シ不作爲罪ヲ犯シタルトモシカ其數人ハ事口獨立シテ簡箇ニ其不作爲罪ヲ犯シタルモノト謂フヘシ

二 過失罪 過失罪ヲ共同實行シタル者ハ不作爲罪ノ共同實行者ノ如ク事口別箇ノ獨立ノ行爲者ト認ムヘキモノナリ
共同實行犯モ(一)其犯スル行爲アルコト及ビ(二)他人カ犯意ヲ要スル罪ヲ犯シタルコトヲ要スルコト勿論ナリト雖モ左ニ共同實行者ノ其犯スル行爲ノ意義ノミヲ説明スルニ止メントス

第一 共同實行犯ノ其犯行爲ノ主觀的觀察

一 過失アル意思 其犯ノ總說ニ於テ述ヘタル如ク過失アル意思ニ因リ他人ノ犯行ニ共力シタルトキハ理論上之ヲ共犯ナリト謂ヒ得サルニ非スト雖モ成法上之ヲ共犯ト爲サス但シ過失アル意思ニ因リテ數人カ一箇ノ結果ヲ發生セシムル共同原由ヲ爲ス場合ナシトハ謂フコトヲ得ス此場合ハ所謂過失ニ因ル副實行犯ノ場合ナリトス

二 犯意 共同實行犯ノ其犯行爲ノ主觀的部面ニハ只犯意ヲ見ルノミ共同實行

行者ノ犯意ハ

(1) 自己ノ爲サントスル行爲ノ觀念

(2) 他人ノ爲サントスル行爲ノ觀念

(3) 自己ノ行爲ハ他人ノ爲サントスル行爲ヲ共同實行スルモノナル事實ノ觀念

ヲ包含スヘシ

第二 共同實行者ノ其犯行爲ノ客觀的觀察 共同實行犯ノ其犯行爲ノ主觀的

部面ニハ犯意ヲ要スル罪ノ實行ノ著手以上ノ行爲ヲ見ル而シテ共同實行犯ノ

其犯行爲ト幫助犯ノ共同行爲トノ區別ノ標準ニ付テハ主觀主義ト客觀主義ト

ノ區別アリ

(1) 主觀主義 主觀主義者ハ唯意思ノ方向ノミニ依リテ協力カ共同實行犯ナリ又ハ幫助犯ナリヤヲ決定セントシ外部ノ行動ノ種類ハ全然何等ノ影響ナシト爲ス而シテ此主義ヲ採ル者ノ中ニ就キ最醇ナル者ヲフアンブリストス氏

イ 自己ノ行動又ハ利益ヲ求メテ意思共有スル者ハ共同實行犯トシテ
(1) ニムス、ツシイ他ノ行動又ハ利益ヲ求メテ意思共有スル者ハ幫助犯ト
爲ス見解 此見解ハ(1)罪ヲ犯スト云フ刑法第一百四條ノ語句ニ適應セス又(2)
他人ノ利益ヲ爲メ單獨ニ犯行シタル場合於テ之ヲ行爲者ト謂フモノヲ得
サル結果ヲ生ズルモノ實ニ善惡上ノ利益ヲ見ル能ハス共同實行犯ハ
全部ノ行爲ニ及テ犯意ヲ有スル者ハ共同實行犯ニシテ其一部ノ人ニ及
テ犯意ヲ有スル者ハ幫助犯ナリト爲ス見解 此見解ニ依レハ共同實行犯ノ
外部ハ舉動ハ分割シ得ヘシト雖モ共同實行犯ハ自己ノ犯行トシテ罪ヲ實現
セシムル犯意ヲ完全ニ有セサル可カズ然レテ以テ其犯意ハ分割スルモノト
得ス是レ此見解ヲ生スル所以ナリト爲セリ然レトモ此見解ハ幫助犯モ亦主
タル罪ヲ全部ノ概念ヲ有ス可キ點ニ於テ非難ヲ免カレス

(2) 客觀主義ハ此主義者ハ表現シタル行動ノ種様ニ依リテ共同實行犯及ヒ幫
助犯ヲ區別シテ其共犯性ハ主觀的論議ニ依リテ其共犯性ハ共同實行

實行行為ヲ爲ス者ハ常に共同實行者ニシテ準備行為ヲ爲ス者ハ常に幫

助者ナリト爲ス見解

(ロ) 比較的重要ナル協力ヲ爲ス者ハ共同實行者ニシテ比較的輕微ナル協力

ヲ爲ス者ハ幫助者ナリト爲ス見解 此見解ハ行爲者ハ結果ニ原因ヲ與フル

者、主として、
一、幫助者、
二、結果、
三、條件ヲ
與フル者ナリト
斷定ヲ前提ト

(ハ) 實行ノ際ニ於テ協力ヲ爲ス者ハ共同實行者ニシテ實行ノ前ニ於テ協力

ヲ爲ス者ハ幫助者ナリト爲ス見解ナシ

混同主義

共同實行犯ニ付テハ原則トシテ主觀主義ヲ採用ス雖モ實行ノ際協力

共同實行也。二十、三、見三、能、共、同。

要ス ト爲ス 見解

客觀主義中イノ見解ヲ採用ス然レトモ正犯及ヒ從犯ハ可レノ見解ニ依ル

本論
附
註

モ到底明確ニ之ヲ區別シ難キヲ以テ近時漸ク之ヲ區別セサル立法例ヲ生スル傾向ヲ呈シタリ。那威刑法草案ハ數人罰ス可キ目的ニ協力シタル場合ニ於テ各個人ノ加功カ主トシテ他ノ關係ニ從屬シタルコトニ依リテ惹起セラレタルトキ又ハ他ノ關係者トノ比較上輕微ノ效用ヲ有シタルトキニ於テ同一ノ刑ヲ科シタリ。而シテ罪ノ實行ノ著手以上ノ行為トハ如何ナル行為ナリヤト云フニ罪ノ未遂ノ説明中ニ論シタルモノト同一ナリ。即チ一般ノ性質ヨリ觀察シテ結果ヲ惹起スルニ付キ缺ク可カラザル要件ト認ムヘキ行為ヲ謂フモノナリ。

共同實行者ハ之ヲ所謂副實行犯又ハ同時實行犯ト混同スヘカラズ。共同實行ハ苟モ罪ノ實行ノ著手以上ノ行為ナリトスレバ常ニ成立スヘシト雖モ同時實行犯ハ結果ヲ發生セシムル完全ナル要件タルヘキ行為アルニ非スハ成立セザルモノトス。蓋シテ共同實行ハ各犯ノ行為ノ共同ニ依リテ結果ヲ惹起スルモノナリ。

第三目 教唆犯

教唆犯トハ他人ヲシテ犯行ヲ爲スコトヲ決意セシムル結果他人カ其犯行ヲ

實行シタル事實ヲ謂フ。或ハ教唆犯トハ人ヲ教唆スル罪ナリト曰フ者アリ。然レトモ人ヲ教唆スル罪ニハ概テ二様ノ區別アリ。曰ク所謂教唆罪曰ク教唆犯是ナリ。所謂教唆罪トハ法律カ特ニ明文ヲ以テ教唆ノ行為ヲ處罰スルモノニシテ至ク獨立ナル一罪ナリ。教唆犯トハ單ニ刑法總則ノ適用ニ依リテ簡便ノ明文ヲ俟タスシテ成立スル罪ノ體裁ナリ。予ハ茲ニ其犯タル教唆犯ヲ説明セントスル者ニシテ教唆罪ニ付キ説明スル者ニ非ス。

教唆者ハ行為者ニ非ス又精神上ノ發頭人ニモ非ス。故ニ論理上教唆自體ノ未遂ハ之ヲ處罰スルコトヲ得ス。教唆者ハ單純ニ他人ノ犯行ニ附隨スル者ニ非ス。故ニ論理上行爲者ノ行為ノミニ因リテ教唆者ノ責任ヲ決スルコトヲ得ス。教唆者カ單純ナル附隨者ト異ナルハ自己ノ行為ヲ以テ協力スル點ニ存シ。教唆者カ行為者又ハ發頭人ト異ナルハ結果ヲ惹起セントスル意思アルニ拘ハラス。自ラ其結果ヲ惹起スル直接ノ動作ヲ爲ササル點ニ在リトス。

教唆犯トハ其犯ノ總說ニ述ベタル如ク他人ヲシテ重罪又ハ輕罪ヲ犯ス意思ヲ生セシムル行為ヲ爲シタル結果他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル

事實ナリトス。第一、他人ヲシテ重罪又ハ輕罪ヲ犯ス意思ヲ生セシムル行為爲ル。第二、主觀的觀察ヲ被教唆者ハ被教唆者ヲシテ重罪又ハ輕罪ヲ犯ス意思ヲ生セシムル觀念ヲ有スルコトヲ要ス。教唆ハ理論上過失アル意思ニ因リテモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ我刑法上ニ於テハ之ヲ教唆犯トセス。教唆者ニ必要ナル犯意ハ(1)自己ノ行為ノ觀念(2)他人ノ行為ノ觀念及ヒ(3)自己ノ行為ハ他人ヲシテ一定ノ重罪又ハ輕罪ヲ犯ス意思ヲ生セシムヘキモノナル事實ノ觀念ニ因リテ成立ス而シテ其犯意カ一定ノ人ヲ教唆スルニ在ルト一團ノ人衆ヲ教唆スルニ在ルトヲ問ハス又犯行ニ著手センコトヲ教唆スルニ在ルト既ニ實行ニ著手セル犯行ノ繼續ヲ教唆スルニ在ルトヲ論セス。

(二) 客觀的觀察。教唆者ハ被教唆者ヲシテ重罪又ハ輕罪ヲ犯ス意思ヲ生セシムル動作ヲ爲シ其動作ノ結果被教唆者ハ重罪又ハ輕罪ヲ犯ス意思ヲ生セタルヘカラス若シ此種ノ動作ナク又ハ此種ノ結果ナシトセンカ法律上ノ教唆犯ハ成立スルコトナシ蓋シ純理ヨリ論スレハ此場合ト雖モ若シ一人カ他

人ニ對シ教唆ノ實行ノ著手以上ノ行為ヲ爲シタルトキハ教唆ノ未遂トシテ處罰スヘキカ如シト雖モ上述ノ如ク共犯ノ一般ノ性質ハ一種異様ノ行為者ニシテ且一種異様ノ附隨者ナルヲ以テ教唆犯モ法律上他人カ其教唆セラレタル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル時期若クハ他人カ其重罪又ハ輕罪ノ實行ノ著手以上ニ屬スル行為ヲ爲シタルニ拘ハラス意外ノ障礙ニ因リ之ヲ遂ケタル時期ニ於テ其教唆ノ既遂ト爲リ特ニ教唆ノ罰スヘキ未遂ノ體様ヲ生スルトナシ。

刑法ハ所謂被教唆者ヲシテ重罪又ハ輕罪ヲ犯スノ意思ヲ生セシムル動作ヲ例示セスト雖モ獨逸刑法ノ例示スル如キ手段即チ贈與、約諾、強迫、威權若クハ暴力ノ濫用、錯誤ニ陷レ又ハ錯誤ヲ増進セシムルコト等ハ悉ク教唆ノ動作タルモノト信ス即チ教唆ノ動作ハ或ハ強制手段或ハ詐欺ノ手段ニ依リテ成立スヘシト雖モ強制スル動作ニシテ若シ他人ヲ有形的又ハ無形的ニ強制スルニ至リ若クハ所謂危急狀況ニ立タシムルニ至リ又ハ詐欺スル動作ニシテ若シ他人ヲシテ重要ナル錯誤ニ陷ラシムルニ至ラハ是レ間接行為者ノ動作ナ

ルヘクシテ教唆ノ動作ニ非サルコトハ勿論ナリトス。所謂被教唆者ハ必ス罪ノ主體能力ヲ有スル者ナラサルヘカラスシテ若シ罪ノ主體能力ナキ者ヲ教唆シテ人ヲ殺サシメタリトセハ所謂間接行爲者トシテ之ヲ所斷セサル可カラズ。第二 他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル事實ハ刑法ハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ云云ト規定ス然ラハ其罪ハ重罪又ハ輕罪ナルハタシテ違警罪ナルヘカラサルノミナラス罰ス可キ教唆犯タルニハ必ラス他人カ犯意ヲ要スル罪ヲ犯シタルコトヲ必要トス蓋シ教唆ハ被教唆者カ教唆セラレタル罪ヲ犯シタルニ非スハ之ヲ法律上ノ教唆犯ト爲スヘカラサルヤ否ヤノ問題ハ尙ホ多少攻究ノ餘地ナキニアラスト雖モ刑法ノ解釋論トシテハ全然此法制ヲ辯護スル餘地ナシト信ス故ニ教唆ノ結果トハ被教唆者ニ對シテ犯行ヲ爲ス意思ヲ生セシムルコトナリト雖モ此結果ハ被教唆者カ全然罪ヲ遂行シタル場合又ハ法律上ノ未遂犯タルヘキ程度マテ遂行シタル場合ニ於テ之ヲ處罰スヘキモノトス。

教唆犯ノ成立スルニハ他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルハ教唆者ノ行爲ニ原因シタルコトヲ必要トス即チ教唆犯ノ成立スルニハ教唆者ノ行爲ハ原因ニシテ被教唆者ノ決意ハ其結果ナルコトヲ要ス若シ然ラハ予ハ教唆犯ノ成立ニ付キ左ノ二斷案ヲ得ヘシ

(1) 教唆ノ動作アリタル場合ト雖モ被教唆者ノ決意ノ發生原因タラサルトキ教唆ノ動作アリタル場合ニ於テモ被教唆者ノ決意ノ發生原因タラサル場合ニアリハ全然何等ノ關係ヲモ有セサル場合ニシテハ原因タラスト雖モ多少被教唆者ノ決意ヲ増進セシメタル場合はナリ何レノ場合ニ於テモ教唆犯ハ成立セスト雖モ後ノ場合ニ於テハ時ニ幫助犯ハ成立スルコトアル可シ。 (2) 教唆ノ動作ハ被教唆者ノ犯意ヲ生セシムル原因タリト雖モ被教唆者ノ犯行ハ教唆セシ犯行ニ比シ輕重又ハ多寡ノ差異アルトキ被教唆者カ教唆セシ犯行ヨリ重キ犯行又ハ多數ノ犯行ヲ爲シタル場合ハ所謂被教唆者ノ過剰ノ犯行ナルヤ否ヤヲ決スルニハ常ニ教唆ノ意義ニ依ルヘク決シテ教唆ノ言

辭ニ依ルヘカラス被教唆者カ若シ教唆者ノ教唆シタル罪ヨリ數量ニ於テ多數ナル罪ヲ犯シタルトキ又ハ性質ニ於テ重キ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者ハ其教唆シタル罪ノ分量又ハ性質ニ於テノミ教唆者タルヘシ而シテ被教唆者若シ數量ニ於テ少數ノ罪ヲ犯シタルトキ又ハ性質ニ於テ輕キ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者カ爲シタル多數ノ罪又ハ重キ罪ニ對スル教唆ハ當然少數ノ罪又ハ輕キ罪ニ對スル教唆ヲ包含スヘキヲ以テ教唆者ハ被教唆者カ現ニ行ヒタル罪ノ分量又ハ性質ニ於テノミ教唆者タルヘシ此斷定ハ特殊ノ明文ノ存否ニ關セスシテ推理シ得ヘキニ拘ハラス刑法第百八條ハ此場合ニ付キ規定セリ然レトモ其用語極メテ不當ニシテ寧ロ無キニ若カサル如シ

第四目 幫助犯

幫助トハ他人ノ犯行ヲ容易ニスル作用ヲ謂フ而シテ罪ヲ幫助ヲ罰スルニモ二様ノ立法アリ一ハ一罪ノ從犯即チ幫助犯トシテ之ヲ罰スルモノニシテ以下ニ之ヲ説明セントス一ハ獨立ノ一罪トシテ罰スルモノナリ一ハ刑法上明カニ之ヲ從犯ト謂ヒ一學者ノ所謂幫助罪ト謂フモノナリ

幫助犯トハ重罪又ハ輕罪タル他人ノ犯行ヲ容易ナラシムヘキ行爲ヲ爲シタル際他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル事實ナリトス

第一 重罪又ハ輕罪タル他人ノ犯行ヲ容易ナラシムヘキ行爲

(一) 主觀的觀察 幫助犯ハ幫助ヲ爲ス犯意アルコトヲ要ス幫助ヲ爲ス犯意トハ(1)自己ノ行爲ノ觀念(2)他人ノ行爲ノ觀念(3)他人ノ行爲ニ自己ノ行爲ニ依リ幫助セラルヘキ事實ノ觀念ヲ謂フ

(二) 客觀的觀察 從犯ノ成立スルニハ重罪又ハ輕罪タル被幫助者ノ犯行ノ準備ニ屬スル動作ヲ爲シ其動作ノ結果其犯行ニ付き事實上被幫助者ヲ幫助シタルコトヲ要ス所謂他人ノ犯行ヲ幫助スル動作トハ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ行爲ヲ以テ犯行ヲ容易ナラシメタル者ヲ曰フ所謂器具ヲ給與スル動作ハ獨逸刑法ニ所謂行爲ヲ以テスル動作ニ該當スルコト所謂誘導指示スル動作ハ獨逸刑法ニ所謂思慮ヲ以テスル動作ニ該當スヘキ要スルニ肉體上ノ作用及ヒ精神上ノ作用ニ依リテ幫助スルコトヲ得

第二由他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル事實ノ幫助犯モ亦教唆犯

如クモハ、他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル事實ニ對シテ、

(1) 他人カ犯意ヲ要スル重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル事實ニ對シテ、

又ハ違警罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助シタル者ハ法律上之ヲ幫助犯ナリ

トモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助シタル者ト雖モ其他

人ヲ全然之ヲ遂行シ又ハ法律上罰スルキ未遂ノ程度ヲ之ヲ遂行スルニ非

(二) スル法律上之ヲ幫助犯ナリトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

ヲ幫助シタル重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助セラルタルコ

トヲ要スルコトハ教唆犯ニ付キ説明セシモノト同理ナリ故ニ、

(1) 事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行ヲ幫助

犯ニ對シテ、事實幫助犯タルトモ又重罪又ハ輕罪ニ屬スル他人ノ犯行

第五目 餘論

果シテ照シ一等ヲ減ストアリ或ハ教唆犯ニ付テノ第百八條第二號ノ如キ規定
 則チテ如シタルノ疑ナキ能ハスト雖モ幫助犯ハ正犯ノ刑ニ一等ヲ減シテ科
 其罪ニスルヲ以テ行為者カ現ニ行フ所ノ罪幫助犯ノ知ル所ヨリ輕キトキハ當然
 第三 輕キ罪ヨリ一等ヲ減シタル刑ヲ科セラル可クシテ之ヲ規定スル必要ナシ
 幫助犯ハ種種ニ之ヲ區別スルコトヲ得
 一 多大ノ幫助及ヒ輕微ノ幫助ニ依リテ區別スルコトヲ得
 二 肉體的幫助及ヒ精神的幫助ニ依リテ區別スルコトヲ得
 三 事前的幫助及ヒ同時的幫助ニ依リテ區別スルコトヲ得
 其ノ幫助ヲ表示スルコトナキニ非スト雖モ事後從犯カ所謂從犯ニアラス
 四 積極的幫助及ヒ消極的幫助ニ依リテ區別スルコトヲ得
 第五目 餘論
 共犯ニ極似スト雖モ而モ共犯ニ非ナルモノ四ツヲ所謂副實行犯所謂必要の共
 犯所謂事後共犯及ヒ所謂犯行團體員是カヲ區別スルコトヲ得

第一 副實行犯 副實行犯ハ多數實行犯又ハ同時實行犯ト稱スルニ依リ
 ナ明確ニ其意義ヲ表示セシムルコトヲ得ヘシ副實行犯トハ他人ト協力シテ犯
 行ヲ爲シタル行爲者ニシテ法律上其他ハ人ニ對シ共同實行ノ關係ヲ認メ難キモ
 ノヲ謂フ故ニ副實行犯ト共同實行犯トハ他人ト協力シテ犯行ヲ爲ス行爲者ナ
 ル點ニ於テハ全然同一ナルト雖モ行爲者カ自己ノ行爲及ヒ他人ノ行爲間ニハ
 共同實行ノ關係アル事實ヲ觀念シタルヤ否ヤハ點ニ於テ區別スルニ
 第二 必要の共犯 必要の共犯トハ其性質上數人ニ依リテハ犯シ得ヘキ罪
 ノ行爲者ヲ謂ヒ所謂普通ノ共犯即チ任意の共犯ニ相對スルモノナリト雖モ必
 要の共犯ハ畢竟共同實行者ニ過キサルヲ以テ此區別ハ唯沿革上ノ價值ヲ有ス
 ルニ過キス
 第三 事後共犯 事後共犯トハ罪ノ成立後之ヲ幫助スルモノヲ謂フ蓋シ事後
 共犯ヲ以テ共犯ノ一種ト爲スヘキヤ否ヤハ其犯ノ定義如何ニ依リテ決スヘキ
 問題ニシテ共犯ニ付キ如何ナル定義ヲ附スルモ學者ノ自由ナリ故ニ今之ヲ共
 犯ト爲ス見解ノ是非ヲ遑斷シ難シト雖モ予ハ他人カ犯シタル罪ニ對シ事後ニ

於テ加功スル者ノ如キハ共犯ニアラスト信ス或學者ハ罪人藏匿罪證湮滅罪
 及ヒ贓物ニ關スル罪ヲ所謂庇護罪ト稱シ事後共犯トシテ共犯ノ一種トシ刑法
 總則ニ於テ其説明ヲ試ミタリ予ハ事後共犯ヲ以テ共犯ノ一種ト爲ス見解ニハ
 到底贊同スルコトニ躊躇セザル能ハスト雖モ事後共犯ヲ以テ總則ノ範圍ニ屬
 スルモノトシ一般ニ事後共犯ヲ處罰スル必要ナキヤ否ヤハ早晚刑法界ノ一大
 問題タルヘシト信ス
 今假ニ罪ノ成立後犯人ニ對シテ罪ノ成果ヲ確保シ又ハ犯人ヲシテ其科刑ヲ免
 レシメ其他犯人ヲ庇護シタル者ハ事後從犯トスト規定シ之ニ一定ノ刑ヲ規定
 シタリトセンカ犯行ノ檢舉及ヒ審理上又ハ犯行ニ因ル損害ノ回復上頗ル利便
 ヲ感スヘキナリ
 第四 犯行團體員 犯行團體ニ一定ノ罪ヲ犯スルコトヲ目的トスルモノアリ獨
 逸刑法學者ハ之ヲ陰謀ト謂フ又不定ノ罪ヲ犯スルコトヲ目的トスルモノアリ獨
 逸刑法學者ハ之ヲ連合ト謂フ犯行團體ハ屢共犯ヲ生スル動機ト爲ルモノナリ
 ト雖モ此團體ニ屬スルコトヲ以テ直チニ之ヲ共犯ナリト遑斷スルコトヲ得ス

二 客觀主義 此主義中ニモ數多ノ著眼點アリ

1 結果ノ同一又ハ傷害スル法物ノ同一

2 犯行方法ノ同一

3 犯行ノ日時ノ近接

連續犯ハ同一種ノ數箇ノ行為ナリ然ラハ其行為中情狀重キモノアリタルトキハ如何ニスヘキヤ例ハ數多ノ竊盜行為ヲ犯シタル場合ニ於テ其中ノ一竊盜行為ハ二人以上ニテ犯サレタルモノナルトキハ之ヲ連續犯ト爲サザルキ連續犯ト爲ストスルモ普通ノ竊盜行為ノ連續犯ト爲スヘキカ或ハ情狀重キ竊盜行為ノ連續犯ト認ムヘキヤ或ハ連續犯ハ此情狀重キ竊盜行為アリタル時ニ於テ成立シ通常ノ竊盜罪ノ連續犯及ヒ情狀重キ竊盜罪ノ數罪俱發ヲ以テ論スヘシト曰フ者ナキニ非スト雖モ其全部ノ行為ヲ情狀重キ竊盜罪ノ連續犯ト爲スヘシト爲スヲ最モ妥當ノ見解トス可シ

連續犯ハ罪ノ一體様ニシテ罪ノ一種類ニ非ス乃チ總テノ罪ハ之ヲ連續シテ犯シ得ヘシト雖モ所謂過失罪ニ付テハ連續犯アリ得ヘキハ否ヤハ少クモ法界ノ

疑問ナリ或ハ曰ク連續犯ノ觀念ハ之ヲ過失罪ニ擴張スヘカラス若シ一箇ノ過失アル行為ニシテ數多ノ傷害ヲ惹起シタルトセンカ是レ唯一行為アルニ過キス而シテ過失罪ノ連續犯ヲ一行爲ト爲サンニハ敢テ連續犯ノ觀念ヲ援用スル必要ナシト然レトモ多數ノ學者ハ主トシテ連續犯タルニハ犯意又ハ決心ノ同一ナルコトヲ要スト爲サザル結果多ク此見解ニ反對シ過失ニ因ル犯行モ連續セル過失罪トシテ現出スルコトナキニ非ス予ハ後説ヲ可トス

連續犯ハ一行爲ナリヤ又ハ數多ノ行為ナリヤ予ハ連續犯トハ行為者カ連續シテ同一罪ノ罪態ヲ實現セシムヘキ數箇ノ行為ヲ爲シタル場合ヲ謂フト定義セリ蓋シ罪トハ法律ニ於テ禁令スル行為ナリ然ラハ如何ニ輕微ノ罪ナリト雖モ一度其罪ヲ犯サハ是レ一個ノ行為タルヘタ如何ニ直前直後ノ關係ヲ有シテ同一罪ヲ犯シタルトスルモ遂ニ數箇ノ行為タルコトヲ失ハス主觀主義者ハ決心又ハ犯意ノ一箇ナルマツテ連續犯ノ要滿トスルヲ以テ或ハ之ヲ同一ノ意思ニ基ク數多ノ舉動ナリト斷定シテ一行爲ナリト論スル者ナキニ非サルヘシト雖モ近時進步セル法理ニ依レバ連續犯ニテハ決心又ハ犯意ノ一箇ナルモ必要

トモタルヲ以テ隨テ之ヲ一行爲ナリトスルノ誤認ナルコトモ亦辨ラズトモ
ルナルヲ如キモ連續犯ハ數箇ノ「アクト」所行トモ譯セシカヨリ成ルト曰ヒ「リ
ト」之ヲ行爲ハ數箇アリテ而モ罪カ一箇ナル場合ハ「一算入シ」「イニ」亦
明瞭ニ別異ノ數箇ノ行爲アリト曰ヘリ既ニ連續犯ヲ以テ數多ノ行爲ヨリ成
ルモノトセハ、何カ故ニ之ヲ數罪トシテ處罰セサルヤ予ハ單ニ歐洲ノ法界ニ於ケ
ル沿革以外ニ何等處罰スヘカラサル理由アルヲ見ス予ハ連續犯ト雖モ苟モ其
行爲數箇ナリトセンカ之ヲ數罪トシテ處罰スルコト刑法上ノ原則ナリト思量
ス而シテ數罪トシテ處罰スルコト刑法上ノ原則ナリトセハ明文ヲ以テ之ヲ一
罪トシテ處罰スル旨ヲ規定スルニ非サレハ當然之ヲ數罪トシテ處罰スヘキナ
リ我刑法ハ連續犯ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケス乃チ予ハ我刑法上連續犯ハ之ヲ
數罪トシテ處罰スヘキモノナリト信ス

第四款 罪ノ個數

第一項 行爲ノ個數

予ハ罪ハ行爲ナリトノ前提ヲ斷信ス故ニ罪ノ箇數ヲ明確ニスルニ付テモ亦必
ス行爲ヲ標的ト爲ササルヘカラス合「一」ハ當ニ罪面ノ行爲ニ對シテハ
行爲トハ人類ノ意慾ニ依リテ生シタル外界ノ變更ヲ謂フ而シテ人類ノ意慾ニ
依リテ外界ノ變更ヲ生セシムルニ當リテモ

一 動作カ一箇ニシテ其結果タル變更カ一箇ナル場合アリ例ヘハ一刀ニテ一
人ヲ殺シタル場合又ハ一箇ノ竊取ノ動作ニ依リ一箇ノ動產ヲ竊取シタル場
合ノ如シ

二 動作カ一箇ニシテ其結果タル變更カ數箇ナル場合アリ例ヘハ一箇ノ竊盜
ノ動作ニ依リ數人ノ所持スル動產ヲ竊取シタル場合一語ヲ發シタルニ依リ
テ數人ヲ誹毀シタル場合又ハ一發ノ彈丸ニテ一人ヲ殺害シ一人ヲ傷害シタ
ル場合ノ如シ

三 動作カ數箇ニシテ其結果タル變更カ一箇ナル場合アリ例ヘハ數多ノ傷害
ヲ加ヘテ一人ヲ殺シタル場合又ハ數語ヲ發シタルニ因リテ一人ヲ誹毀シタ
ル場合ノ如シ

四 動作カ數箇ニシテ其結果タル變更カ數箇ナル場合アリ
凡テ此等ノ場合ニ於テ行爲ヲ其自然の意義ニ解スレハ
1 一、二、三ノ場合ニ於テハ一箇ノ行爲ナリト爲スヘク
2 四ノ場合ニ於テハ數箇ノ行爲ナリト爲スヘキカ如シ
然ラハ此自然の意義ニ於ケル行爲ノ數ハ直チニ之ヲ刑法上ノ行爲ノ數ト
爲スコトヲ得ヘキヤ行爲ニ自然の行爲及ヒ刑法上ノ行爲ノ區別ヲ爲スコトヲ
得ヘキヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ異說アルコトヲ免レスト雖モ後述ノ如ク予
ハ此區別ヲ認ムルコトヲ得ヘク又認メサルヘカラスト信ス
所謂刑法上一箇ノ行爲トハ自然の意義ニ於ケル一箇ノ行爲及ヒ刑法上明示若
クハ默示ニ一箇ノ行爲ト認メラレタル自然の意義ニ於ケル數箇ノ行爲ヲ謂フ
ニ外ナラス

上述シタル如ク行爲ノ自然の意義ニ依レハ數箇ノ動作ニ依リ其結果トシテ數
箇ノ外界ノ變更ヲ生セシメタル場合ニ於テハ常ニ數箇ノ行爲ヲ認メサルヘカ
ラス然レトモ刑法カ明示又ハ默示スル意義ニ依レハ之ヲ數箇ノ行爲ト認ムヘ

カラサル場合ナキニ非ス

第一 刑法上一箇ノ行爲ト認ムヘキ旨ヲ明示シタル數箇ノ行爲 即チ「フオンブ
リ」所謂法律上ノ一箇ニ該當スルモノニシテ自然の意義ニ依レハ數箇ノ行爲
ヲ認メサルヘカラスナルニ拘ハラス刑法ノ明文上之ヲ一箇ノ行爲ト認メラレタ
ル行爲ヲ謂フ例ヘハ貨幣偽造行使ノ行爲十二歳未満ノ男女ニ對シ猥褻ノ行爲
ヲ爲ス行爲其他ハ刑法上必ス一箇ノ貨幣ノ偽造行使ノ行爲一箇ノ猥褻ノ行爲
ノミヲ豫想シタルモノトハ謂フヘカラスシテ必スヤ數箇ノ行爲ヲモ當然豫想
シタルナルヘク内亂ノ行爲決闘ノ行爲其他ノ如キハ其中ニ數多ノ殺傷行爲ヲ
包含スルコト疑似ナカルヘシ然レトモ此種ノ場合ノ全部ヲ列舉シ盡サシコト
ハ殆ト不能ニ屬スルヲ以テ左ニ其最重要ナル四場合ノミヲ掲ケントス
(1) 所謂集合罪 所謂集合罪トハ同一ノ生活方法ヨリ生シタル數箇ノ行爲ニ
シテ一箇ノ刑ヲ科セラレタルモノヲ謂ヒ私ニ營業ヲ爲ス罪其他ノ如シ
(2) 所謂繼續罪 例ヘハ刑法第三百二十二條ニ規定シタル監禁罪ノ如シ或ハ
所謂繼續罪ニ於ケル行爲ハ一箇ナリト爲ス者アリト雖モ通説ハ之ニ反ス是

- レ所謂狀況罪ト異ナリ單ニ違法ノ狀況ヲ生セシムルノミナラス又之ヲ持續
スルコトヲ要スルヲ以テナリ
- (3) 所謂複雜罪結合罪 所謂複雜罪トハ上述ノ如ク數箇ノ罪ト爲リ又ハ罪ト
爲ラサル行爲ヨリ成ル罪ヲ謂フ「リスト」ハ法律上各自違法ナル二箇以上ノ犯
行ニシテ別種ノ法物ニ對スルモノヲ罪態ト爲ス罪ヲ謂フト曰ヒ「フランク」モ
亦數箇ノ罪態カ合併シタル罪ヲ謂フト曰フト雖モ予ハ其何故ニ各自罪タル
ヘキ數箇ノ行爲ノ結合ノミニ限定セサルヘカラサルカヲ解スルコト能ハサ
ルヲ以テ今「マイヤー」ノ說ニ從フ
- (4) 罪ノ變態ニ屬スル罪 此種ノ罪ハ情狀ヲ輕重セラルル罪ヲ謂フニ外ナラ
ス
- (イ) 一箇又ハ數箇ノ加重ノ情狀ヲ有スル罪 例ヘハ刑法第三百七十一條第一
號ノ門戸ヲ踰越シテ侵入シタル罪
- (ロ) 一箇又ハ數箇ノ減輕ノ情狀ヲ有スル罪 例ヘハ刑法第三百九條乃至第
三百十二條ノ情狀ヲ有スル罪

- (ハ) 一箇又ハ數箇ノ加重ノ情狀及ヒ一箇又ハ數箇ノ減輕ノ情狀ヲ有スル罪
第二 刑法上一箇ノ行爲ト認ムヘキ旨ヲ默示シタル數箇ノ行爲 此種ノ行爲
ハ數箇ノ行爲ヲ刑法上一箇ノ行爲ト爲スヘキ明示ヲ缺クト雖モ刑法全篇ノ解
釋上之ヲ一箇ノ行爲ト爲スヘキコト明瞭ナルモノヲ謂フ此種ノ行爲ニ付テモ
左ニ其重要ナルモノノミヲ列舉セントス
- (1) 同一ノ客觀的事實又ハ同一ノ目的物ヲ構成罪態トスル罪 例ヘハ同一ノ
贓物モ寄贓罪故買罪及ヒ牙保罪ノ罪態タリ破産ノ宣告ヲ受ケタル事實モ數
多ノ破産ニ關スル罪ノ罪態タリ故ニ刑法上同一ノ贓物ヲ寄贓シ且牙保シタ
ル行爲及ヒ破産宣告ヲ受ケタル債務者カ履行スル意ナキ義務ヲ負擔シ且債
權者ニ損害ヲ被ラシムル意思ヲ以テ貸方財産ノ全部又ハ一分ヲ藏匿シタル
行爲ハ共ニ刑法上一箇ノ行爲タリ
- (2) 同一罪ノ各共犯行爲(教唆及ヒ幫助) 例ヘハ謀殺ノ教唆ヲ爲シタル者カ更
ニ之ヲ幫助シタリトスレハ之ヲ刑法上一箇ノ行爲ト認ムヘシ是レ刑法ノ
解釋上共犯行爲ノ如キハ共ニ同一ノ結果ニ對シ數多ノ條件ヲ付與スルモノ

ト謂ハサルヘカラサレハナリ
 (3) 補充性ヲ有スル行爲ト補充セラルヘキ行爲ニ對シテ補充性ヲ有ス故
 (イ) 危害ヲ生ス可キ行爲ハ實害ヲ生シタル行爲ニ對シテ補充性ヲ有ス故
 ニ例ヘハ刑法第四百二十五條第一號ニ違背シ火藥其他烈破スヘキ物品ヲ
 市街ニ運搬シタル者カ過テ火ヲ失シ人ノ家屋ヲ燒燬シタルトキハ刑法上
 唯一箇ノ行爲トシテ之ヲ處罰スヘキナリ
 (ロ) 準備行爲爲若クハ未遂行爲ト未遂行爲爲若クハ既遂行爲ニ於テモ其行爲
 テ準備行爲又ハ未遂行爲ヲ特別罪トスルコトアリ此場合ニ於テモ其行爲
 カ未遂若クハ既遂ノ段階ニ達シタルトキハ其準備行爲爲若クハ未遂行爲ハ
 未遂行爲爲若クハ既遂行爲ト共ニ之ヲ刑法上ノ一箇ノ行爲ト認ムヘキナリ
 (ハ) 教唆行爲爲若クハ幫助行爲ト實行行爲ニ對シテ教唆行爲爲若クハ幫助行爲ハ他人
 ノ實行行爲ニ關シテノミ之ヲ豫想スルコトヲ得ヘキヲ以テ實行行爲ト其
 教唆行爲爲若クハ幫助行爲トハ之ヲ刑法上ノ一箇ノ行爲ト認メサルヘカラ
 ス

第二項 罪ノ個數

第一 刑法上ノ一箇ノ行爲ト罪ノ箇數

一 一箇ノ法規ニ觸ルル行爲ニ刑法上ノ一箇ノ行爲ニシテ一箇ノ法規ニ觸ル
 ルモノハ是レ事物本然ノ狀態ニシテ一箇ノ罪タルコト固ヨリ疑ナシ
 二 數箇ノ法規ニ觸ルル行爲 此種ノ行爲ハ或ハ一箇ノ罪ヲ成立セシムルコ
 トアリ或ハ數箇ノ罪ヲ成立セシムルコトアリト説明スルコト寧ロ獨逸學者
 間ノ通説ニシテ其一箇ノ罪ヲ成立セシムル場合ヲ所謂法律ノ競合ト稱シ數
 箇ノ罪ヲ成立セシムル場合ヲ所謂觀想的俱發ト稱ス予ハ獨逸刑法ノ解釋ト
 シテハ所謂觀想的俱發ノ場合ヲ認ムルコトヲ正トスルニ拘ハラス我刑法上
 之ヲ認ムル餘地ナシト信ス然ラハ此種ノ行爲ハ常ニ一箇ノ罪ノミヲ成立セ
 シムト謂ハサルコトヲ得スシテ若シ然ラハ之ヲ法律ノ競合及ヒ觀想的俱發
 ノ二場合ニ區別スル必要ヲ見スト雖モ共ニ多少ノ沿革上ノ價值ヲ有スルヲ
 以テ便宜左ニ之ヲ分説セントス

(四) 學者ノ所謂法律ノ競合ト稱スル場合外觀上ノ觀想的俱發純タラサル觀想的俱發

(イ) 特別法ト普通法トノ競合 外觀上特別法及ヒ普通法ニ觸ルル一箇ノ行為アリタル場合ニ於テハ特別法ニ觸ルル一罪トス尙ホ特別法ニ付キ左ノ區別ヲ爲スコトヲ得

- 1 其變態ニ屬スル罪ヲ規定スル法規一罪ノ變態ニ屬スル罪ヲ規定スル法規ハ其通常罪ヲ規定スル法規ニ對シ特別法タル關係ヲ有ス例
ハ皇族ヲ毆打シタル行為ハ外觀上刑法第二百九十九條乃至第三百一條及ヒ第一百八條ノ法規ニ觸ルルト雖モ第一百八條ハ特別法タリ例
ハ門戸ヲ踰越シテ邸宅ニ入り竊盜ヲ爲シタル行為ハ外觀上刑法第三百六十六條及ヒ第三百六十八條ニ觸ルルト雖モ第三百六十八條ハ特別法タリ
- 2 複雜罪ヲ規定スル法規 複雜罪ヲ規定スル法規ハ其罪態中ニ包含セシムル行為ヲ罪ト規定スル法規ニ對シテ特別法タル關係ヲ有ス例

ハ暴行及ヒ取財ヲ罪態トスル強盜罪ヲ規定スル刑法第三百七十八條ノ法規ハ其取財ヲ罪態トスル竊盜ヲ規定スル刑法第三百六十六條ノ法規ニ對シ特別法タル關係ヲ有ス

(ロ) 補充性ヲ有スル法規ト補充セラレヘキ法規トノ競合 外觀上補充セ

ラルヘキ法規及ヒ補充性ヲ有スル法規ニ觸ルル一箇ノ行為アリタル場合ニ於テハ之ヲ補充セラレヘキ法規ニ觸ルル一罪トス尙ホ補充性ヲ有スル法規ニ付キ左ノ區別ヲ爲スコトヲ得

1 危害罪ヲ規定スル法規 危害罪ヲ規定スル法規ハ其實害罪ヲ規定スル法規ニ對シテ補充性ヲ有ス故ニ此種ノ法規力競合シタル場合ニ於テハ之ヲ其實害罪ニ觸レタル一罪トス

2 準備罪若クハ未遂罪ヲ規定スル法規 準備罪ヲ規定スル法規ハ未遂罪若クハ既遂罪ヲ規定スル法規ニ對シ補充性ヲ有シ未遂罪ヲ規定スル法規ハ既遂罪ヲ規定スル法規ニ對シ補充性ヲ有スルヲ以テ此種ノ法規力競合シタル場合ニ於テハ未遂罪若クハ既遂罪ヲ規定スル法

規ニ觸ルル一罪トス

3

教唆又ハ幫助ヲ規定スル法規 此種ノ法規ハ同一罪ノ實行行為ヲ規定スル法規ニ對シ補充性ヲ有ス故ニ教唆犯若クハ幫助犯ニ關スル法規及ヒ共同實行犯ニ關スル法規ニ觸ルル行為ハ之ヲ共同實行犯トシテノ一罪トス

(一)

一罪ト之ヲ包括スル罪トノ競合 一罪ノ罪態中ニ當然他ノ罪態ヲ包含シテ其間ニ普通法及ヒ特別法ノ關係ヲ認ムヘカラサル場合アリ此場合ニ於テハ所謂一罪ト之ヲ包括スル罪トカ外觀上競合スルニ外ナラスシテ情狀重キ罪ニ觸ルル一罪トス例ヘハ決闘罪ニハ殺傷ノ行為ヲ包括スルカ如シ

(2)

學者ノ所謂觀想的俱發ト稱スル場合想像上ノ俱發又ハ競合 所謂觀想的俱發トハ上述ノ動作カ一箇又ハ數箇ニシテ結果タル變更カ數箇ナル場合ニ關シ之ヲ情狀ノ最モ重キ法規ニ觸ルル一罪トスヘキモノニシテ單ニ犯意罪ニ付テノミナラス又過失罪ニ付テモ豫想スルコトヲ得ヘク單ニ作

爲罪ニ付テノミナラス又不作爲罪ニ付テモ豫想スルコトヲ得ヘシ而シテ其俱發シタル罪ノ種類ノ如何ニ依リ之ヲ左ノ二區別スルコトヲ得

(イ)

同種ノ罪ノ觀想的俱發 即チ行為カ各同一ノ法規ニ觸ルル場合 例ヘハ一語ヲ發シタルニ因リ數人ヲ誹毀シタル場合ニ於テハ其法規ヲ唯一回ノミ適用シテ其法規違背ノ一罪ト爲スヘキモノトス

(ロ)

別種ノ罪ノ觀想的俱發 即チ行為カ別種ノ法律ニ觸ルル場合ニシテ例ヘハ證書ニ無効ノ印紙ヲ貼用シタル行為ノ如シ一方ニハ刑法第百九十九條ノ印紙再貼用罪ニ觸レ他方ニハ印紙稅法ノ無印紙證書行使罪ニ觸ル此場合ニ於テモ其法規ノ輕重即チ法規ノ規定シタル刑ノ輕重ヲ比較シ其重キ刑ヲ科シタル法規ニ觸ルル一罪トスヘキハ條理上自明ノ事ニ屬ス

第二

刑法上ノ數箇ノ行為ト罪ノ數箇 刑法上ノ數箇ノ行為ハ常ニ數箇ノ條規ニ觸ルルモノト謂ハサルヘカラスシテ常ニ數箇ノ罪ヲ成立セシム學者之ヲ現實的俱發又ハ競合ノ場合ト稱ス現實的俱發ノ場合ニ於テモ尙ホ左ニ區別ヲ

而シテ予ハ少クモ我刑法上ハ解釋トシテハ上述ノ原則ニ一例外モナ
シト信ス故ニ左ニ掲クル罪モ亦之ヲ數罪ナリトス、
(X) 連續犯 連續犯ノ何タルヤハ上述シタリ予ハ連續犯ハ之ヲ自然的ノ數箇
ノ行爲ナリト信シ又刑法上何等ハ明示又ハ默示ナキヲ以テ之ヲ刑法上ノ一
箇ノ行爲ナリト斷定スルコトヲ得サルモスト信シ隨テ通説ノ如ク之ヲ一箇
ノ罪ニ非スシテ數箇ノ罪ナリト信スヲランタハ竊盜カ物ヲ竊取スルニ當リ
先ツ一物ヲ門外ニ運搬シ更ニ侵入シテ他ヲ運搬シタリトセハ誰カ之ヲ一罪
ニ非ススト曰ハンヤ所謂連續シタル犯行ハ此場合ト其程度ヲ異ニスルノミニ
シテ何等其性質ヲ異ニセス明文ノ有無ニ拘ハラス之ヲ一罪トセサルベカラ
スト曰フト雖モ論旨薄弱ニシテ探ルニ足ラス要スルニ連續犯ハ之ヲ數箇ノ

刑法總論
本論
罪
罪

ヲ單ニ竊盜罪ノミヲ以テ論スルコトヲ常トシ大審院モ亦此見解ヲ採用シタリ予ハ此種ノ數箇ノ行爲モ立法論トシテハ之ヲ其原因タル罪名ニ觸ルル一箇ノ罪ナリト爲スコトヲ妥當ナリトスルニ拘ハラス之ヲ刑法上ノ一箇ノ行爲ト爲シ隨テ之ヲ一箇ノ罪ナリト爲ス根據ナキモノト斷信ス獨逸學者ハ概テ之ヲ一罪ト斷定シタリ

(3) 一罪ト其手段タル罪 例ヘハ屋內竊盜ヲ爲ス際邸宅ニ侵入セントシテ其鎖鑰ヲ燒燬シタル場合又ハ鎖鑰ヲ毀棄シタル場合ノ如シ此場合ニ於テモ通説ハ

(イ) 各行爲間ニ日時ノ一致アル場合ニ限リ若クハ
(ロ) 其行爲カ數箇ノ犯行ニ對シ原因タル場合ニ限リ
之ヲ刑法上一箇ノ行爲ト爲シ隨テ所謂觀想的俱發ヲ認ムト雖モ予ハ之ヲ探ラス刑法ノ解釋論トシテハ此場合ニ於テモ亦數箇ノ罪ヲ認メントス
現行刑法ハ行爲ノ數箇罪ノ數等ニ付テハ全然何等ノ規定ヲモ設クス隨テ罪ノ數問題ハ唯學理ニ從ヒテノミ解釋スヘキコトト爲リ學者間ニ紛糾タル異

說ヲ生スルニ至レリ刑法改正案ハ愛ニ鑑ミル所アリ第六十五條第一項及ヒ第六十六條ノ規定ヲ設ケ罪ノ數數問題ヲ解決スヘキ多少ノ根據ヲ與ヘタリ第六十五條第一項ニハ「一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」ト規定シ又第六十六條ニハ「連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス」ト規定ス但シ尙ホ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ストノ語ハ果シテ一罪トシテ處斷スル意ナルヤ否ヤニ疑似ノ餘地アリ

第三項 別種ノ見解概説

第一 罪ハ法律違反ナリトスル見解 例ヘハ「ビンデング」ノ如キハ罪ハ法律違反ナリト斷定シ隨テ大體ノ結果ニ於テハ多大ノ差異ナキニ拘ハラス原則トシテハ法律違反ノ箇數ニ依リテ以テ罪ノ箇數ヲ定メントス「ラスト」ハ此說ヲ評シテ若シ此種ノ論理ヲ採用センカ一人ニシテ二箇ノ國籍ヲ有スレハ之ヲ二人ト看做サナルヲ得ナルニ至ラン其誤謬タルヤ明白ニシテ眞面目ニ之ヲ辯駁スル

價值ナシト曰ヘリ予モ亦通説ニ從之ヲ探シ、
第二、自然の意義ニ於ケル行為以外ニ刑法上ノ行為ヲ認ムルコトヲ得スト爲
ス見解、或ハ曰ク行為ハ常ニ自然の意義ニ於ケル行為ナラサルヘカラス故ニ
所謂法律上ノ一箇ヲ認ムルハ不當ナリト然リ若シ刑法上反對規定ナク、
ニ於テモ行為トハ必ス自然の意義ニ於ケル行為ナラサルヘカラスト雖モ刑法
ノ規定上數箇ノ行為ヲ特ニ一箇ノ行為ナリト明示又ハ默示シタルトキハ刑法
上ニ於ケル行為ハ自然の意義ニ於ケル行為ト異ナルコトヲ妨ケサルハ勿論ナ
ラトス故ニ予ハ此見解ニ反シテ「ラモン、ブリ」^{ラモン、ブリ}「オルス」^{オルス}ハウゼシ其他ノ見解ニ從ヒ
刑法上ノ行為ナルモノヲ認メタリ「リス」^{リス}ト「如キハ」^{如キハ}所謂法律上ノ一箇ナルモノ
ヲ認メスト雖モ予カ法律上ノ一箇トシテ説明セシタル事項ハ其一部ヲ數
箇ノ動作ニ依リテ一箇ノ結果ヲ生セシメタル場合即チ自然の「一箇」ノ行為ノ場
合トシテ説明シ其一部ハ唯刑法上數箇ノ行為ニ依リテ一箇ノ罪ヲ成立セシム
ル場合トシテ説明シタリ刑法カ數箇ノ行為ヲ以テ一箇ノ罪ヲ構成スヘキ旨ヲ
定メタル場合ニ於テハ一箇ノ罪タル數箇ノ行為ヲ認ムヘシト爲ス以上ハ別ニ

法律上ノ一箇ヲ認ムル必要ナクシテ良好ナル論理ノ一タルコトヲ失ハスト雖
モ予ハ之ヲ採ラス獨逸刑法第七十三條ニ曰ク同一行為カ數箇ノ刑法ヲ害シタ
ルトキハ其最モ重キ刑ヲ規定シタル法律及ヒ刑種カ別異ノモノナルトキハ其
最モ重キ刑種ヲ規定シタル法律ノミヲ適用スト同第七十四條第一項ニ曰ク「數
箇ノ獨立セル行為ニ依リ數箇ノ重罪若クハ輕罪又ハ數回同一ノ重罪若クハ輕
罪ヲ犯シ因リテ數箇ノ有期自由刑ニ處セラレタル者ニ對シテハ其處スヘキ最
重ノ刑ヲ加重シタル併合刑ヲ宣告スヘシ」ト故ニ「フランツ」^{フランツ}ハ曰ク獨逸刑法ハ同
一ノ行為及ヒ獨立セル數箇ノ行為ノミヲ認ム故ニ其中間ニ於テ獨立セサル數
箇ノ行為アルコトヲ否認スヘカラス此獨立セサル數箇ノ行為ハ獨立シタル數
箇ノ行為ト異ナリ刑法上之ヲ一箇ノ行為ト認メテ處斷スルヲ可トスト即チ明
カニ法律上ノ一箇ヲ認ムルニ至ラスト雖モ殆ト之ヲ認メタルト同一ノ論理ナ
リ良好ナル立法ヲ爲サンニ何等カノ手段ニ依リテ一箇ノ罪タル數箇ノ行為
ヲ認ムルコトヲ得セシメサルヘカラスシテ此必要ヲ充タシ得ヘキ法制ハ法律
上ノ一箇ヲ認ムル法制カ若クハ刑法上數箇ノ行為ヲ以テ一罪ト爲スコトヲ認

ムル法制カニ外ナラス

第三 觀想的俱發ハ現實的俱發ナリト爲ス見解「フオンブリ」ハ曰ク行爲ノ箇數ヲ決定スルニハ一ニ因果關係ノ箇數ニ依ラサルヘカラス故ニ苟モ因果關係ニシテ多數ナランカ縱令其動作ハ一箇ナリト雖モ之ヲ數箇ノ行爲ト謂ハサルヲ得ス觀想的俱發ノ場合ニ於テハ其因果關係ハ多數ナルヲ以テ其動作ノ箇數如何ヲ論セスシテ之ヲ數箇ノ行爲即チ數箇ノ罪ナリト謂ハサルヘカラスシテ若シ然ラハ現實的俱發ノ一種タルニ過キサレヘシト然レトモ因果關係ノ刑法上ノ效用カ多數ナリトノ一點ヲ以テ行爲ノ一箇タルコトヲ否認スルハ誤謬ナリ」

第四 觀想的俱發ハ法律ノ競合ニ非スト爲ス見解 即チ觀想的俱發ノ場合ニ於テハ其罪ハ一箇ニ非スト爲ス見解ナリ「マイエル」ハ曰ク凡テ罪ハ行爲ノ客觀的部面ヲ必要トスト雖モ而モ獨立セル客觀的部面ヲ要スルニ非スシテ同一ノ行爲カ數箇ノ罪ヲ包含シ得ヘキコトハ數箇ノ行爲カ同一罪ノ要素タリ得ル如シト「オルス」ハウゼン「ハ曰ク反對ノ見解ヲ採用スル者ハ罪ハ第一位ニ行爲ナリトノ前提ヨリ一箇ノ行爲ハ自然的意義又ハ法律的意義ニ於テ俱ニ一罪ノミヲ

成立セシメ得ルコトヲ推斷シテ以テ第七十三條ハ唯刑法ノ競合ニ關スルモノト爲セリ然レトモ第五章ノ題目ニハ明カニ數箇ノ罰スヘキ行爲ノ競合ト云フ故ニ第七十三條ノ場合ニ於テ罰スヘキ行爲ノ數箇ヲ豫想セザリシトスルハ立法者ノ意ニ反スヘシ若シ一箇ノ刑法ノ傷害ハ即チ一箇ノ罪ニシテ數箇ノ刑法ノ傷害ハ即チ數箇ノ罪タルコトカ實質上理由ナシトスルモ法律ノ解釋ニ付テハ立法者ノ意思ヲ有力ナリト爲スヘキモノナルヲ以テ之ヲ法律解釋ノ基礎ト爲ササルヘカラスト而シテ「フランク」モ亦同一ノ推論ヲ爲セリ獨リ「リスト」ハ此等ノ見解ニ反對シテ曰ク一箇ノ行爲ニシテ數罪タルモノアリトスル見解ハ第七十三條ノ意義及ヒ語句ニ反スルノミナラス罪ノ觀想的ノ競合ハ普通法ニモ認めラレサルコト及ヒ僅少ノ例外ヲ除キ外國ノ立法ニモ認めラレザリシコトヲ看過シタルモノナリト予ハ獨逸刑法ノ解釋トシテハ「マイエル」見解ヲ採用スルコトヲ正トスト雖モ此種ノ事項ニ付キ何等特別ノ規定ナキ刑法ノ解釋トシテハ寧ロ「リスト」ノ見解ヲ採用シテ觀想的俱發ハ唯一罪ヲ成立セシムルモノトシ隨テ之ヲ法律ノ競合ノ一種ナリト爲スコトヲ正當ナリト思料ス

第五 外觀上ノ現實の俱發(純タラサル現實の俱發ヲ認ムル見解「フランク」ハ曰ク所謂獨立セサル數箇ノ行為ハ刑法上之ヲ一箇ノ行為トシテ取扱フヘキモノニシテ外觀上罪カ現實のニ俱發スル如シト雖モ實ハ觀想的ニ俱發スルニ過キスト而シテ此種ノ俱發ヲ稱シテ外觀上ノ現實の俱發ト稱シタリ「フランク」ノ如ク之ヲ外觀上ノ現實の俱發ト稱スルモ其他ノ學者ノ如ク之ヲ法律ハ競合又ハ觀想的俱發ト稱スルモ其趣意ニ於テ何等ノ差異ナキノミナラス特ニ觀想的俱發ヲ以テ法律ノ競合ノ一種ナリトスル予ノ立論ニハ何等ノ影響ヲモ及ボスコトナシ

第五款 罪ノ成立ノ日時及ヒ場所

刑法ハ一定ノ時ニ關スル效力ヲ有シ又一定ノ土地ニ關スル效力ヲ有ス是ヲ以テ罪ノ成立ノ日時及ヒ罪ノ成立ノ場所ヲ明確ニスルニ非サレハ遂ニ刑法ノ適用ヲ爲シ能ハサルニ至ルヘク或ハ刑法ノ適用ヲ誤マルニ至ルヘシ故ニ罪ノ行為ノ客觀的部面ハ上述ノ如ク動作及ヒ結果ノ二ヨリ成ルモノトス故ニ罪ノ

成立ノ日時及ヒ場所ハ原則トシテ罪タル動作及ヒ結果ノ發生シタル日時及ヒ場所ナルコトハ些ノ疑似アルナシ然レトモ動作ト結果トハ必スシモ日時及ヒ場所ヲ同シタシテ發生スルモノニ非スシテ時ニ成ハ其日時ヲ異ニシ又ハ其場所ヲ異ニシテ發生スルコトナキニ非ス此場合ハ學者ノ所謂隔地罪ト稱スルモノニシテ(1)行為ハ全クナカリシモノト爲スカ又ハ(2)動作及ヒ結果ノ發生シタル場所ニ於テ發生シタルモノト爲スカナラサルヘカラスト雖モ全然行為ナカリシモノト爲スハ事實ニ反スルヲ以テ唯後述ノ見解ノミカ論理的見解ナリト謂フコトヲ得所謂隔地罪ニ付キ成立ノ日時及ヒ場所ヲ定ムルニハ從來五箇ノ主義アリ

- 一 動作ノ發生セル日時及ヒ場所ニ依リテ定ムヘシト爲ス説
- 二 結果ノ發生セル日時及ヒ場所ニ依リテ定ムヘシト爲ス説
- 三 此説ノ一變態トシテ所謂中間效力ヲ生シタル日時及ヒ場所ニ依リテ定ムヘシト爲ス説
- 四 所謂中間效力トハ動作ヨリ直接ニ生シタル效力即チ直後ノ效力ニシテ一人ニ對シ死スヘキ傷害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ其結果即チ其人ノ死シタル

ヲトテ謂フニ非スシテ其中間ノ效力即チ其人ノ傷害セラレタルコトヲ謂フ
 三、動作又ハ結果ノ發生シタル日時及ヒ場所ニ依リテ定ムルシト爲ス説
 四、動作ヨリ結果ヲ生スルマデヲ一物視シテ其動作及ヒ結果ノ發生シタル各
 日時及ヒ各場所ヲ罪ノ成立ノ日時及ヒ場所ト爲ス説 此説ハ「ビンゲン」ノ
 主張スルモノニシテ若シ東京ヨリ信書ヲ以テ倫敦ニ在ル者ヲ誅殺シタリト
 センカ東京及ヒ倫敦ハ勿論其他ノ經過地ハ即チ成立ノ場所ニシテ其經過シ
 タル日時ハ即チ罪ノ成立ノ日時ナリト謂ハサルヘカラスト雖モ「ビンゲン」
 モ此場合ヲ例外ト爲シ此斷定ヲ爲ス勇氣ヲ缺如ス又以テ此説ノ眞價ヲ批判
 シ難カラス
 上述ノ四主義ハ各其體様ヲ異ニスト雖モ其重點ハ一ニ或ハ動作ヲ標的トスル
 ト或ハ結果ヲ標的トスルトニ在リ蓋シ刑法上行爲ノ種様ヲ定ムルハ主トシテ
 其結果ニ依ルモノナルヲ見レハ或ハ結果ヲ標的ト爲スヘキカ如ク刑法上罪ノ
 本質ハ主トシテ其動作ニ在リテ其結果ハ單ニ第二次ニ位スヘキモノナルヲ見
 レハ或ハ動作ヲ標的ト爲スヘキ如シト雖モ結果ノ發生スル場所ハ極メテ不明

ニシテ又偶然ノ事情ニ依リテ定マルヘキヲ以テ理論上妥當ナラサルノミナラ
 ス結果ノ發生スル場所ヲ以テ罪ノ成立スル場所ト爲シ隨テ結果ノ發生シタル
 日時ヲ以テ罪ノ成立スル日時ト爲スモノトセハ動作ノ發生ノ當時責任能力ヲ
 有スル者モ其結果ノ發生ノ當時之ヲ有セサル者ハ犯罪能力ナシト爲ササルヘ
 カラサル不當ノ斷定ヲ採用セサルヘカラスト予ハ事ハ後説ヲ以テ事實上及ヒ理
 論上妥當ナルモノト信ス
 刑法ハ罪ノ成立ノ日時及ヒ場所ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケスト雖モ刑事訴訟法
 ニハ間接ニ罪ノ成立ノ日時ヲ規定シタリ刑事訴訟法第十條ニハ「公訴、私訴ノ時
 效ハ犯罪ノ日ヨリ其期間ヲ起算ス但繼續犯罪ニ付テハ其最終ノ日ヨリ起算ス」
 ト規定ス此條項ハ其ニ時効ノ起算點ヲ定メタルモノナリト雖モ時効ハ罪ノ成
 立シタル日時後始メテ進行スヘキモノナルヲ以テ又間接ニ罪ノ成立ノ日時ヲ
 定メタルモノト謂フコトヲ得ヘシ若シ然ラハ刑事訴訟法ハ罪ハ其行爲ノ日時
 ニ於テ成立スルモノト爲ス如シト雖モ其行爲ノ日ト云フ語ハ極メテ不明確ニ
 シテ尙ホ行爲ノ日トハ如何ノ疑問ヲ殘留ス然ラハ此疑問ハ更ニ學理ニ依リ之

ヲ予カ上述セル如ク解釋スルモ何等ノ障礙アルコトヲ見サルナリ
 第一 未遂犯 未遂犯ハ之ヲ法律上罰スヘキモノト爲ス動作即チ著手以上ノ
 未遂ノ動作アリタル日時及ヒ場所ニ於テ成立スルモノトスルハ其意欲ハ日
 第二 共犯 共犯ハ共犯スル動作ノ發生セル日時及ヒ場所ニ於テ成立ス然レ
 トモ尙ホ左ノ異説アラザルニ
 一 主タル罪ノ成立スル日時及ヒ場所ナリト爲ス見解
 二 主タル罪及ヒ共犯行爲ノ發生スル日時及ヒ場所ナリト爲ス見解
 此種ノ見解ハ或ハ主タル行爲ノ結果ハ同時ニ共犯ノ結果ナリトノ理由或ハ共
 犯ハ附隨的性質ヲ有ストノ理由ニ根據スト雖モ其ニ通説ニ非ス
 第三 過失罪 過失罪ハ一定ノ結果ヲ生セシメタル動作ノ發生シタル日時及
 ヒ場所ニ於テ成立スルモノト爲ス見解
 第四 不作爲罪及ヒ不作爲犯 不作爲罪及ヒ不作爲犯ハ一定ノ作爲ヲ爲スコ
 トヲ得タリシ日時及ヒ場所ニ於テ成立ス或ハ結果ノ發生シタル日時及ヒ場所
 ヲ以テ罪ノ成立ノ日時及ヒ場所ナリト斷定スルニ拘ハラヌ尙ホ不作爲罪及ヒ

雜 報

Qレシテリスイ號事件ノ辯明 去月十日旅順ノ封鎖ヲ脱シテ芝罘港ニ入
 リ十二日我朝海艦ノ捕獲スル所ト爲リタル敵ノ驅逐艦レシテリスイ號事件
 ハ其捕獲地ノ中立港ナルヲ以テ國際法ノ例外的先例トシテ永ク斯法上ノ材料
 タルヘク之ニ對スル我政府ノ辯明(二十二日發表)ハ當路者並ニ學者ノ參考ニ供
 セラルル所ナルヘキヲ以テ左ニ之ヲ收録スヘシ

日露戰爭ニ於ケル清國ノ地位ハ全然異例ニ處ス各般ノ戰開行爲ハ殆ト舉ゲテ清國ノ境域内ニ行ハレシテ清國ハ戰爭
 ノ當事者ニ非ス而モ其疆土ノ一部ハ交戰地ニシテ一部ハ中立地タリ此種ノ事態タル國際法上ヨリ云ヘハ一變態ニシテ理
 ニ於テ金ノ兩交戰國ノ同意ナク與ヘタル一特別斷定ニ依リ創造セラレタルモノナリトス
 帝國政府ハ清國ノ外國通商口岸ニ一般靜謐ノ爲メ交戰區域ヲ局限スル趣意ヲ以テ露國ニ於テモ同様ノ約束ヲ爲シ且之ヲ誠實
 ニ履行スルニ於テハ現ニ戰爭ニ關係アル地方以外ニ於テ清國ノ中立ヲ尊重センコトヲ約束セリ帝國政府ハ以爲ラテ右ノ約
 束ハ帝國ヲシテ自ラ戰端タル地域以外ノ清國ノ土地又ハ港灣ヲ占領シ若クハ之ヲ何等戰爭上ノ目的ニ使用スルヲ得サラン
 ムモノナリ何トナレハ帝國ニシテ一ト度此舉ニ出ケンカ帝國ノ占領シ若クハ使用シタル地點ハ當然中立地ヨリ交戰地ニ
 化スヘキヲ以テナリ之ト均シク露國軍ニシテ中立地タル清國ノ土地又ハ港灣ヲ占領シ若クハ戰爭ノ目的ニ使用スルニ於テハ

帝國政府約東ノ附帶條件ハ爲メニ其ノ效果ヲ生シ帝國ヲシテ右ノ土地又ハ海灣ヲ以テ交戦地ト看做サシムルヲ得ヘシト之ヲ概スレニ帝國政府ノ所見ヲ以テスレハ清國ノ中立ハ完全ナルモノニアラスシテ單ニ交戦國孰レカノ兵力ニヨリ占領セラルル地點ニ適用セラルルニ過キス隨テ露國ハ合意ニヨリ條件附中立セラルル清國ノ領域内ニ其陸軍又ハ海軍ヲ移動シ以テ敗戦ノ禍害ヲ免ルルヲ得ザルナリ今夫レ「レシーテリス」ハ旅順ヲ港内ニ於テ其既ニ自國ノ港灣ニ於テ得ヘカサル避難所ヲ求メ以テ我攻撃ヲ免レシタルモノ是即チ交戦國雙方ノ合意ニ依リ定メラレタル清國ノ中立ヲ破リタルモノニシテ帝國力ヲ露國ヲ以テ此事件ノ關係ニ限リ交戦地ト看做シタルハ固ヨリ其所ナリトテ此事件ノ終結ニ至ルニ至ルハ中立ハ爰ニ復活シタルモノナリ夫レ然リ芝罘ニ於テ日本ノ探リタル捕獲ハ露國力其約束ヲ無視シタルヨリ生セル直捷且當然ノ結果ナリトス然リト雖モ露國ハ清國ノ中立ニ對シ重大ノ傷害ヲ加ヘ以テ自家ノ約定ヲ無視シタルハ單ニ此事件ニ於テノモノニ非ス又芝罘ノミニ限ラセザルナリ旅順ノ包圍ニ陷リテ孤立スルヲ露國ハ同地ノ要塞ト芝罘ニ於ケル自國領事館トノ間ニ無線電報ヲ開始シ而シテ此通信機關ハ帝國政府果次ノ抗議ニモ拘ハラズ依然運用ヲ存續シ居レリ又上海ニ於テハ開戦ノ當時露國電報「マンチュール」ハ清國ノ中立ヲ無視シテ清國官署ヨリ出港ノ報告ヲ受ケタル後數週ノ久シキ港内ニ碇泊シ曠久露國間カノ談判ヲ重テタル後漸ヤ其武裝解除ヲ承諾シタルヲ今又巡洋艦「アスコリッド」及「羅遜」タロン「グオー」ハ上海ニ碇泊スル事既ニ題目超ニ而モ依然トシテ出港セズ武裝ヲ解除ナクセザルニ非ス又清國ノ中立ハ露國ニ於テ之ヲ尊重スル限リ帝國政府ニ於テモ是ヲ無視スルノ意更ニニコナシト雖モ露國軍艦力露國ノ與ヘタル約束ヲ破リ清國ノ中立ヲ侵害シシ清國ノ港灣ニ滲透シテ以テ捕獲又ハ破壞ヲ免ルルヲ得ヘシトハ帝國政府ノ容許シ能ハサル所ナリ「レシーテリス」頭長ハ芝罘到着後該艦ハ武裝ヲ解除セタリト云ヘリ然レトモ是レ事實ニ反ス本月十二日ノ拂曉

寺島中尉力該艦ニ砲ミタルトキ該艦ハ十分ニ武裝シ且全兵員ヲ格殺シ居リタルナリ且夫武裝解除ハ未ダ以テ清國中立規則ノ所要ニ應スルニ足ラス況ンヤ出港ニ代フルニ武裝解除ヲ以テシ得ヘキヤ否ヤヲ決スヘキモノハ清國ニシテ露國ニ非サルナヤ世上動モスレハ今同ノ事件ヲ以テ「フロリダ」號事件ト同視スルモノアリ然レトモ帝國政府ハ兩者ノ間嚴然タル區別ヲ存スルモノアルヲ見ル「フロリダ」事件ニ於テハ伯利西爾國ノ中立ハ完全且無條件ニシヨリ「バビヤ」港ハ戰場ヨリ遠ク相隔リタリ然レニ今同ノ場合ニ於テハ清國ノ中立ハ不完全ニシテ條件附ノミナラス芝罘港ハ戰場ト近ク招呼ノ間ニ在リ「レシーテリス」ハ先ヅ自ヲ手ヲ下シテ抗敵行爲ヲ開始シ其結果捕獲セラレタルモノナルコトハ芝罘事件ニ關與シタル日露兩國士官ノ報告ノ共ニ一致スル所ナリ此事實タル帝國政府ノ見ル所ヲ以テスルニ捕獲ノ合謀ナルヤ否ニ關シ雖モ疑ハキ餘地アリシ場合ニ於テ露國ハ或ハ有シタルヘモ具體ノ根據ナシテ消滅セシムルモノナリトス此點ニ於テ今同ノ事件ハ來國捕獲私艦「セチラルアイム」ストロン「グ」號事件及「英船」アンス「」號事件ニ類似スト云フヘシ抑モ「レシーテリス」事件ハ其自身ニ於テ細事ニ過スト雖モ主義ノ點トコロハ極メテ重大ニ屬ス清國力自家ノ中立規則ヲ履行スルニ適當ノ措置ヲ採ル事ナルヘキハ實錄ノ示ス所タリ是等ノ事情ニ於テ「レシーテリス」號ニシテ芝罘ヲ以テ海灣港ト爲スヲ得ヘシトモハ露國海軍ノ巨艦モ亦是レカ軍ニ敵アリ可ク而シテ何者カ能ク是等ノ軍艦力日本ヲ攻撃セシカ爲メ再ヒ脱出スルヲ防遏シ得シヤ這般ノ事變ニ對シ國防ノ措置ヲ講スルノ必要ハ至重重大ニシテ固ヨリ「レシーテリス」ナシテ之ヲ備ナ作ラシムルヲ允ササルナリ之ヲ要スルニ今同ノ事件タル尙モ清國ニ於ル一般ノ事態ヲ擾亂スルモノニ非ラス其結果ハ偶々以テ露國ニ示スニ將來自家ノ約束ヲ遵守セザルヘカナルヲ以テセルノ效アルヘキナリ

註一、「フロリダ」號事件、千八百六十四年十月來國南部聯邦ノ巡洋艦「フロリダ」ハ合衆國船「アツチ」ニセツ「」ノ爲メ

本大學新學年授業ハ來九月十二日ヨリ開始ス入學志願者ハ速ニ申込ムヘシ
學則入用ノ向ハ申越次第贈呈スヘシ

大學部 來九月新學年ヨリ新ニ講筵ヲ開ク中學校卒業者又ハ之ト同資格者ニシテ入學試験ニ及第シタル者又ハ他ノ同等學校豫科卒業者ヲ入學セシム

入學試験 來九月十五日(午前八時)ヨリ施行ス

第貳年級編入試驗 來九月一日(午前七時)ヨリ施行ス

來十月ヨリ授業ヲ開始ス

第貳期編入試驗 來九月一日、十五日午前八時ヨリ施行ス

來九月授業開始以後隨時入學ヲ許ス

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

八月

司法部指定
文部省認定

私立
法政大學

法學志林

第五十九號

(八月十五日發行)

○捕獲法ト公船

法學博士 松波仁一郎

○軍用病院船ニ關スル特權ノ範圍

法學士 秋山雅之介

志林

○最近判例批評

法學博士 梅 謙次郎

○「借出」ノ意義ニ關シ志方殿君ニ答フ

法學博士 梅 謙次郎

○權利ノ新種類ニ就テノ研究

法學博士 志田御太郎

纂論

○露國新手法(七)

法科大學生 佐竹三吾

解疑

○會社ノ不法行為能力及其範圍

法學士 松本 丞治

判例

○大審院新判決例 二十九件

雜報

○法政速成科ノ修業年限○拿捕事件ノ決議○軍人家族保護
北條時宗ノ系譜○學位授與式○露國滿洲軍○露國ノ村長○
少ノ其後○詐欺漢ノ恐慌○暴行看守ノ處刑○未決囚ノ減

記事

目 ○來學年各科擔任講師 ○實業懇話會 ○校友獎勵 ○寄贈書

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月十回(日三十五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行)

明治三十七年八月廿九日印刷
明治三十七年九月一日發行

(定價金貳拾錢)

編輯 東京市牛込區牛込北町十番地 萩原 敬之
發行 東京市牛込區牛込北町三番地 小宮 山信好

印刷 東京市芝區西久保明善町十一番地 金子 活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七十四番)